Franz Frank

Finanzierte Verträge zwischen Miete und Kauf

Zivil-, Steuer- und Kreditrechtliche Grundlagen des Leasingverfahrens

1970

FINANZIERTE VERTRÄGE ZWISCHEN MIETE UND KAUF

ZIVIL-, STEUER- UND KREDITRECHTLICHE GRUNDLAGEN DES LEASINGVERFAHRENS

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades

eines Doktors der Rechte

durch die Juristische Fakultät

der

Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

Franz Frank

aus Berlin

1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Lukes

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Knopp

Dekan: Prof. Dr. Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Juni 1970

Inhaltsübersicht

	Seite
Einleitung	1
1. Teil: "Mobilien-Leasing"	3
I. Erscheinungsformen	4
1. "Finanzierungs-Leasing"	4
2. "Operating-Leasing"	5
3. "Equipment-Leasing"	6
4. "Sale and Lease-Back"	6
5. "Kraftfahrzeug-Leasing"	7
6. Sonstige "Leasing-Formen"	10
a) "Term and Revolving-Leasing"	10
b) "Net and Gross-Leasing"	10
c) "Blanket-Leasing"	11
d) "Factoring"	12
e) "Mietfinanzierung"	13
7. "Mietkauf"	15
II. Gegenstand der Untersuchung	16
III. Vergleichsrechnung "Leasing" - finanzierter Kauf	19
IV. Funktion der "Leasing-Gesellschaften"	23
1. Herstellergebundene Gesellschaften	23
2. Unabhängige Gesellschaften	24
3. "Produzenten-Leasing"	25
V. Allgemeine Geschäftsbedingungen der "Leasing-Gesellschaften"	25
1. Vertragsinhalt	25
a) Erwerb	27
b) Nutzung	28
c) Finanzierung	34
2. Rechtsnatur der "Leasing-Verträge"	34
a) Erwerb	35
b) Nutzung	38

Seite

aa) "Mietkauf" und "Kraftfahrzeug-Leasing" 38
bb) "Finanzierungs-Leasing" 39
a1) Verhältnis zur Pacht 39
b1) Verhältnis zur Miete 40
c1) Verhältnis zum Kauf 43
d1) Vertrag zwischen Miete und Kauf 45
c) Finanzierung 48
3. Gemischter Vertrag oder Einzelvertragsverbindungen 49
4. Inhaltsgrenzen 51
a) Gewährleistungsklauseln 58
b) Gefahrtragungsklauseln 63
c) Verfallklauseln 70
d) Inhaltsgrenzen des Abzahlungsgesetzes 75
e) Freizeichnungsklauseln im Konkurs und Vergleich des Leasing-Nehmers 82
f) Freizeichnungsklauseln des Finanzierungsinstitutes 86
g) Schriftformklausel 94

VI. Steuerrechtliche Problematik 106

1. Stand der Meinungen 106
2. Steuervorteile nach zivilistischer Betrachtungsweise 108
a) Einkommen- und Körperschaftssteuer 108
b) Vermögenssteuer 110
c) Gewerbesteuer 112
aa) Gewerbeertragssteuer 112
bb) Gewerbekapitalsteuer 114
3. Leasingerlaßentwurf des Bundesministers der Finanzen 114
4. Bindung des Steuerrechts an zivilrechtliche Tatbestände? 117
5. § 11 StAnpG als Mittel zur Korrektur privatrechtlicher Gestaltungen 121

Seite

a) Kriterien wirtschaftlichen Eigentums 123
b) Wirtschaftliches Eigentum des Leasing-Nehmers 131
c) Teilweise Wertschöpfung des Leasing-Nehmers 133
d) Sonderformen 134
aa) "Kraftfahrzeug-Leasing" 134
bb) "Mietkauf" 136
a1) Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes 137
aa1) "Mietkaufverträge" mit von Anfang an bestehende Kaufabsicht 137
bb1) "Mietkauf" ohne von Vertragsbeginn an bestehende Kaufabsicht (Option nach freiem Entschluß des Steuerpflichtigen) 139
b1) Der "Mietkaufvertrag" in der Steuerbilanz 144
6. Möglichkeit einer Lösung des Problems der Besteuerung des "Mietkaufvertrages" und des "Finanzierungs-Leasing" auf der Grundlage einer steuerrechtlichen Anerkennung der zivilrechtlichen Gestaltung 146

VII. Diskriminierung herstellerunabhängiger "Leasing-Gesellschaften" 148

2. Teil: "Immobilien-Leasing" 159

I. Die wichtigsten Erscheinungsformen 159
II. Vertragsgestaltung und Rechtsnatur der "Anlagenpacht, -miete" 159
III. Besteuerung der "Anlagenpacht, -miete" 162
IV. Finanzierung 164
V. Sonderform des "Sale and Lease-Back" 165
Steuerproblematik 167
1. § 6 b EStG 167
2. Die einzelnen Übertragungsmöglichkeiten 170

Seite

VI. Funktion der "Immobilien-Leasing-Gesellschaften" 176
1. § 12 KWG 176
2. Umgehung der Einschränkung des § 12 KWG durch Zwischenschaltung einer LG mit eigener Rechtspersönlichkeit? 182

3. Teil: Rechtsprobleme der "lease" in den Vereinigten Staaten 184

I. Zivilrechtliche Zuordnung und ihre Rechtsfolgen 186
II. Definition des Uniform Commercial Code 189
III. Steuerrechtliche Zuordnung und ihre Rechtsfolgen 196
IV. Beweggründe zum Abschluß einer "lease" anstelle eines "conditional sale" 204

Formularanhang

Leasing Finanzierungsanfrage A 1

Mietfinanzierungsantrag für Maschinen A 2

Allgemeine Geschäftsbedingungen eines Mobilien-Leasing-Vertrages A 3

Antrag auf Abschluß eines Anlagenmietvertrages A 9

Vertragsmuster eines Immobilien-Leasing-Vertrages A 10

Allgemeine Geschäftsbedingungen eines amerikanischen Mobilien-Leasing-Vertrages A 14

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Assfalg, Dieter	Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff Neue Juristische Wochenschrift 1963, S. 1582
Aubele, Raimund	Kommentar zum Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte Mainz 1911
Auer, Eugen	Die richterliche Korrektur von Standardverträgen Karlsruhe 1964
Ball, Kurt	Steuerrecht und Privatrecht Steuer und Wirtschaft 1925, Sp. 177ff.
Ballerstedt, Kurt	Kartellverbot und Einzelvertrag Juristen-Zeitung 1956, S. 267
Bamberger, Wolfgang	Kritische Anmerkungen zum Thema Leasing Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 1963, S. 640
Baumbach-Hefermehl	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 9. Aufl., München u. Berlin 1964
Beck, Heinz	Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar Düsseldorf 1965
Becker, Benno	Die Reichsabgabenordnung, Kommentar 7.Aufl., Berlin 1939
	Wirtschaftliche Betrachtungsweise Steuerrundschau 1926, Sp. 1319
Becker, Riewald, Alfred - Koch, Carl	Reichsabgabenordnung, Bd. I 9. Aufl., München 1963
Benke	Kurzüberblick über das Wesen des Abzahlungsgeschäftes Der Betriebs-Berater 1949, S. 590
Bieberstein, Marschall von	Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung München u. Berlin 1959

Bitschnau, Roland	Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit durch Investitionsfinanzierung auf der Grundlage gepachteter Anlagen Betriebswirtschaftliche Umschau 1963, S. 115
	Kapitalersatz - durch Anlagenpacht? bei Hagenmüller, S. 13
	Die langfristige Finanzierung auf der Grundlage gepachteter Anlagen, Leasing-Verfahren, S. 7, Vortragsveröffentlichungen des Hauses der Technik e. V. Essen, Heft 18
	Investitionsfinanzierung als Funktion betriebswirtschaftlicher Überlegungen Neue Betriebswirtschaft 1963, S. 73
	Investitionsfinanzierung auf der Grundlage gepachteter Anlagen Neue Betriebswirtschaft 1963, S. 209
Bley, Erich	Vergleichsordnung, Kommentar 2. Aufl., Berlin 1955
Blomeyer, Alfred	Allgemeines Schuldrecht 3. Aufl., Berlin 1964
Blümich-Boyens-Steinbring-Klein-Hübl	Gewerbesteuergesetz, Kommentar 8. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1968
Böhle-Stamschräder	Vergleichsordnung, Kurzkommentar 7. Aufl., München 1968
	Konkursordnung, Kurzkommentar 9. Aufl., München 1969
Book, Heinz	Maschinen kaufen oder mieten (Leasing) ? Der Betrieb 1964, S. 229
	Maschinen verkaufen oder vermieten (Leasing)? Der Betrieb 1965, S. 113
	Leasing und Preisrecht für öffentliche Aufträge Der Betriebs-Berater 1968, S. 110

Book, Heinz	Leasing in Deutschland (Praxis, betriebswirtschaftliche und wirtschaftsrechtliche Beurteilung) bei Hagenmüller, S. 167
	Leasing steuerlich und wirtschaftlich Steuer und Recht, Herne 1964, Heft 17
Borgs, L.	Für und wider das Leasingverfahren Unsere Wirtschaft, Monatsheft der Industrie- und Handelskammer zu Düsseldorf, 1964, S. 82
Broschwitz, Johannes	Das Leasingverfahren bei der Abwicklung öffentlicher Aufträge Der Betrieb 1964, S. 813
Brunn, Johann-Heinrich v.	Über unlautere Geschäftsbedingungen Archiv für die civilistische Praxis Bd. 159 (1960-1961), S. 547
Büschgen, Hans E.	Leasing setzt neue Akzente Der Volkswirt 1967, S. 54
	Das Leasing als betriebswirtschaftliche Finanzierungsalternative Der Betrieb 1967, S. 473 - 476, 561 - 566
Burckhard, Hugo	Zur Lehre von der lex commissoria beim Kauf Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 51, S. 289
Burghardt	Die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen auf den Nachfolger im Eigentum Iherings Jahrbücher, Bd. 53 (N.F.), S. 167
Claussen, Carsten Peter	Lease financing - Mieten statt kaufen Das Wertpapier 1963, S. 647
Claussener	Abgrenzung degressiver Mietzahlungen z.B. beim Leasing Der Betrieb 1963, S. 1658
Cohen, Albert H.	Long Term Leases. Problems of Taxation, Finance and Accounting University of Michigan Press Ann Arbor 1954, Chapter III, page 32

Consbruch, Johannes – Möller, Annemarie	KWG-Kommentar München u. Berlin 1965
Crisolli-Ostler	Abzahlungsgesetz 5. Aufl., Berlin 1958
Deutscher Industrie- und Handelstag	Feststellungen des Deutschen Industrie- und Handelstages zur Frage der steuerlichen Behandlung des Leasing Bonn, 6. Dezember 1966
Diederichsen, Uwe	Der "Vertragsschluß" durch kaufmännische Bestätigungsschreiben Juristische Schulung 1966, S. 129
Dietz, Albrecht	Strukturunterschiede im Investitionsbereich bei Miete und Kauf bei Hagenmüller S. 91
Duncan, K.	"Equipment Obligations" New York 1924
Eisner, Frederick	Die Schriftformklausel in der Praxis Neue Juristische Wochenschrift 1969, S. 118
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 15. Bearbeitung, 1. Halbband, Tübingen 1969 2. Halbband, Tübingen 1968
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse 15. Aufl., Tübingen 1958
Esser, Josef	Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil 3. Aufl., Karlsruhe 1968
Ewald	Neues Teilzahlungsrecht, eine rechtsvergleichende Studie Köln u. Berlin 1959
Falk, Baldhard G.	"Leasing" in den USA Der Betrieb 1963, S. 351
	Finanzieren durch Pachten Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1963, S. 526

Felix, Günter — Das Leasing und der Fiskus
Sonderdurck aus dem Handelsblatt Nr.62 vom 27.3.1968

Bilanzierung von Leasing-Verträgen über Immobilien beim Mieter
Der Betriebs-Berater 1968, S. 96

Fikentscher, Wolfgang — Horizontale Wettbewerbsbeschränkung und Verträge mit Dritten
Der Betriebs-Berater 1956, S. 793

Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Wirtschaft und Wettbewerb 1958, S. 257

Fink, Hansludwig — Wirtschaftliche und steuerliche Beurteilung von Leasing-Verträgen
Der Betrieb 1964, S. 1069

Equipment-Leasing in Bilanz und Steuer
bei Hagenmüller
S. 271

Fischer, Robert — Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen
Der Betriebs-Berater 1957, S. 481

Fischoeder, Dieter — Factoring in Deutschland
Diss. Köln 1963

Flohr, Günther — Factoring, Leasing und Fabrikpacht
Der Betrieb 1963, S. 773

Floitgraf, H. — Das Mieten von industriellen Anlagen als Finanzierungsproblem
bei Janberg, Finanzierungs-Handbuch 1964, S. 585

Zinssätze in Mietfinanzierungsverträgen
Unsere Wirtschaft, Monatshefte der Industrie- und Handelskammer Düsseldorf 1964, S. 79

Flume, Werner — Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - Das Rechtsgeschäft,
Heidelberg 1965

Franken — Leasing - Eine neue Form der Anlagenfinanzierung
Hamburg 1966

Franken — Ein neues Instrument der Investitionsfinanzierung
Wirtschaftsdienst 1963 VII

Friedländer, Gaston — Leitfaden für das Leasing-Geschäft
Zürich u. Stuttgart 1964

Friedlaender, Kurt — Die Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht
Neue Juristische Wochenschrift 1956, S. 1049

Gäfgen, Dieter — Leasing in den USA
bei Hagenmüller
S. 107

Gamm, Otto Friedr. Frhr.v. — Wettbewerbsrecht
Köln 1964

Garw, J.F. — A Lease or a Licence?
The Solicitors' Journal vol. 107 - Part 1 January-Junie 1963
London Number 13, March 29, 1963

Geiler, Hermann F. — "Leasing"
Neue Formen der Industriefinanzierung
Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1963, S. 108

Gemeinschaftskommentar — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht
2. Aufl., Köln 1964

Gentz, Günther — Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB und § 9 KartVO
Wirtschaft und Wettbewerb 1961, S. 587

George, Heinz — Berliner Steuerpräferenzen
3. Aufl., Stuttgart 1966

Gleiß, A — Abschlußzwang für Kartelle und Monopolunternehmen
Monatsschrift für Deutsches Recht 1952, S. 398

Goldschmidt, L. — Die Haftpflicht der Eisenbahnverwaltung im Güterverkehr
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1861, S. 569

Greenfield, Harvey (New York) - Griesinger, Frank K. (Cleveland)	Sale-Leaseback and Leasing in Real Estate and Equipment Transactions, 1958, McGraw-Hill Book Comp. Inc., S. 72
Griesinger, Frank K.	Finance Equipment Leasing Forms for Commercial Transactions ed. by David W. Carrol. Frederick W. Whiteside T 115, Cleveland 1964
Gross, Herbert	"Kapital-Miete" - Neue Finanzierungsmethoden in den USA Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1961, S. 341
Grzimek, Rochus	Leasing-Unternehmen in Deutschland Die Aussprache 1965, S. 98
Hagenmüller, K. F.	Herausgeber von Leasing, Entwicklung und Einsatzmöglichkeiten bei den Unternehmungen 2. Aufl., Frankfurt 1968
Hartmann, Alfred - Böttcher, Conrad	Großkommentar zur Einkommensteuer Stuttgart 1968
Haupt, Günther	Vertragsfreiheit und Gesetz Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1943, S. 84
Havermann, Hans	Leasing, Betriebswirtschaftliche, handelsrechtliche, steuerrechtliche Problematik Düsseldorf 1965
Heckmann, Arno	Bilanzsteuerliche Betrachtungen zum Miet-Kaufvertrag Der Betrieb 1964, S. 1782
Hedemann, Justus	Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 2. Aufl., Berlin 1931
Hellwig, Fritz	Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit Wirtschaft und Wettbewerb 1959, S. 389
Helm, Johannes Georg	Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag Juristische Schulung 1965, S. 121

Herrmann-Heuer	Kommentar zur Einkommensteuer einschließlich Lohnsteuer und Körperschaftssteuer Bd. I und II 12. Aufl., Köln-Marienburg 1968
Hindermann, Walter E.	Rechtsfragen beim Leasing Leitfaden für das Leasinggeschäft Stuttgart-Zürich 1965
Hintner	Leasing in betriebswirtschaftlicher und steuerrechtlicher Sicht Deutsche Steuerzeitung 1965, S. 309
Hoeniger	Die gemischten Verträge in ihren Grundformen Mannheim u. Leipzig 1910
Holzer, H. P. - Schönfeld H. M.	Finanzwirtschaftliche Bedeutung und bilanzmäßige Behandlung von Miet- und Pachtverträgen in den USA Die Wirtschaftsprüfung 1963, S. 253
Hopfenmüller, Theo	Privatrecht und Steuerrecht Der Betriebs-Berater 1959, S. 965
Horbach, Josef	Fremdfinanzierung mittels Factoring und Leasing Die Aussprache 1963, S. 191
Hübner, Heinz	Zurechnung statt Finktion einer Willenserklärung Festschrift für Nipperdey I, S. 373
Hübschmann-Hepp-Spitaler	Kommentar zur Reichsabgabenordnung Bd. IV, 5. Aufl., Köln 1968
Institut "Finanzen und Steuern"	Leasing, Heft 74 Bonn 1964
Institut "Finanzen und Steuern"	Leasing als Finanzierungsform gemeindlicher Investitionen Brief 72, Bonn 1965
Isele, Georg	Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Juristische Schulung 1961, S. 308
Jacob, Adolf-Friedr.	Leasing-Finanzierung, Ein Belastungsvergleich Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis 1963, S. 193

Jaeger-Lent-Weber	Konkursordnung, Kommentar 8. Aufl., Berlin 1958
Kaminsky, Stefan	Mietweise Nutzungsüberlassung in der modernen Wirtschaft bei Hagenmüller, S. 63
Keenan, Bennett R.	Financing a Leasing Corporation 1961
Kipp, Theodor	Rechtswahrnehmung und Reuerecht Festschrift für Richard Koch Berlin 1903, S. 110
Klein, Friedrich	Hinzurechnung von Miet- und Pachtzinsen bei der Ermittlung des Gewerbeertrages. Hinzurechnungsbestimmung wegen Grundgesetzwidrigkeit nichtig Der Betriebs-Berater 1963, S. 1129
Klopcik	"Leasing" im Vertrieb Neue Betriebswirtschaft 1963, S. 143
	Leasing - der neue Weg im Vertrieb Betriebswirtschaftliche Umschau 1963, S. 378
Knoppe, Helmut	Leasing Finanz-Rundschau 1963, S. 549
	Leasing - Vermietung und Verpachtung von Anlagegütern Deutsches Steuerrecht 1964, S. 49
Koch, Peter - Haag, Joachim	Die Rechtsnatur des Leasingvertrages Der Betriebs-Berater 1968, S. 93
Koenig	Steuerliche Behandlung von Leasing-Verträgen beim Mieter Der Betrieb 1966, S. 1625
Krasensky, Hans	Leasing, ein neues Verfahren zur Investitionsfinanzierung in: Leasing, Beiträge über ein neues Verfahren der Investitionsfinanzierung Wien 1964
Krause, Dieter	Die zivilrechtlichen Grundlagen des Leasing-Verfahrens Bankrechtliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität zu Köln, Bd. 2, Köln 1967

Krause, Hermann	Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats Der Betriebs-Berater 1955, S. 265
Kriebel, Horst	Zur Entwicklung des industriellen Mietgeschäfts in den Vereinigten Staaten Sparkasse 1962, S. 359
Kübler, Gerd	Leasing - ein Investitionsmotor mit Zukunft Der Volkswirt 1963, S. 104
	Der Markt wird breiter Der Volkswirt 1963, S. 2220
Kühn, Rolf	Abgabenordnung 8. Aufl., Stuttgart 1966
Lademann, Fritz - Lenski, Edgar - Brockhoff, Hedin	Kommentar zum Einkommensteuergesetz 3. Aufl., Stuttgart, München, Hannover 1963
Langen, Eugen	Kommentar zum Kartellgesetz Bd.II 4. Aufl., Darmstadt Stand 30.6.1966
Langen, Heinz	Betriebswirtschaftliche und steuerliche Aspekte des Leasing Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis 1963, S. 626
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I Allgemeiner Teil 8. Aufl., 1967
	Bd.II Besonderer Teil 7. Aufl. 1964 München u. Berlin
Lazarus, Johann	Das Recht des Abzahlungsgeschäftes Berlin 1898
Leffson, Ulrich	Leasing beweglicher Anlagegüter Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 1964, S. 396
Lehmann, Heinrich	Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht München 1906
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 15. Aufl., 1966

Leitze	Die steuerliche Behandlung von Mietkaufverträgen Der Betriebs-Berater 1963, S. 168
Lemitz, Horst G.	Maschinen kaufen oder mieten (Leasing)? Der Betrieb 1964, S. 521
Lenski-Steinberg	Gewerbesteuergesetz, Kommentar 1. - 2. Aufl., Köln 1968
Liebich, Dieter	Treuhand und Treuhänder im Wirtschaftsrecht Berlin 1966
Lillich, Richard B.	Lease - Purchase Agreements by New York Municipalities New York State Bar Journal, vol. 34 Nr. 6 Dec. 1962, S. 459
Littmann, Eberhard - Tautorus, Günther	Das Einkommensteuerrecht, Kommentar 8. Aufl., Stuttgart 1966
Löblein, Werner	Sind Finanzierungskosten aktivierungspflichtige Anschaffungskosten Der Betriebs-Berater 1954, S. 681
Loewenheim, Ulrich	Vertragsprobleme bei Benutzung betriebsfremder elektronischer Datenverarbeitungsanlagen Der Betriebs-Berater 1967, S. 593
Lukes, Rudolf	Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen Festschrift für Hueck, München und Berlin 1959, S. 459
	§ 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen Neue Juristische Wochenschrift 1963, S. 1897
	Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Juristische Schulung 1961, S. 301
Lwowski, Hans Juergen	Erwerbsersatz durch Nutzungsverträge - Eine Studie zum Leasing Diss. Hamburg 1967

Magnusson	Lease - Financing by Municipal Corporations as a Way Around Dbt Limitations, 25 Georg Washington Law Revue 1957, S. 377
McGraw, Durmont W. - Greenblatt, Ray H.	Lease Financing of Capital Equipment and Machinery by Business. What Lawyers should know about this Activity. Oklahoma Bar Association Journal, vl. 32, Jul.-Dec. 1961, page 1777 October 28, 1961
Meeske, Helmut	Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen Der Betriebs-Berater 1959, S. 857
Meilicke, Hans	Leasing- Zivilrecht, Bilanzrecht, Steuerrecht Der Betriebs-Berater 1964, S. 691
Mentzel-Kuhn	Kommentar zur Konkursordnung 7. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1962
Mittelstein, Max	Die Miete 3. Aufl., Berlin 1913
Möhring, Philipp	Das Kreditwesengesetz 4. Aufl., Frankfurt 1966
Möller, Elmar	Teilzahlungsfinanzierung Diss. Münster 1959
Motive	Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Bd. II Recht der Schuldverhältnisse Amtliche Ausgabe Berlin u. Leipzig 1888
Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Bd. Allgemeiner Teil II.Bd. Sachenrecht Berlin 1899
Mutze, Otto	Rechtliches oder wirtschaftliches Eigentum Neue Juristische Wochenschrift 1963, S. 513
Nolte	Zur ertragssteuerlichen Behandlung sogenannter Leasing-Verträge beim Mieter Der Betrieb 1966, S. 1536

Pagendarm, Kurt	Das finanzierte Abzahlungsgeschäft Bemerkungen zu acht neuen Urteilen des Bundesgerichtshofes Wertpapier-Mitteilungen 1967, S. 434
Palandt	Danckelmann-Gramm-Hoche-Keidel-Lauterbach BGB 26. Aufl. 1967
Pfeiffer	Geschäfte, die wir noch nicht machen. - In der Vermietung von Konsumgüter liegt ein unerschlossener Markt Der Volkswirt 1962, S. 1664
Ploetz, Hans-Friedrich	Der Leasing-Vertrag Wesen und Inhalt von Leasing-Verträgen Wiesbaden 1968
Pougin	Leasing in Handels- und Steuerbilanz Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1965, S. 402
Raiser, Ludwig	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bad Homburg 1961 Unveränderter Neudruck a.d.Jahr 1935
	Vertragsfreiheit heute Juristenzeitung 1958, S. 1
	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Festschrift zum Deutschen Juristentag Karlsruhe 1960 Bd. I, S. 101
Rasch, Harold - Westrick, Klaus	Wettbewerbsbeschränkungen Kartell- und Monopolrecht, Kommentar 3. Aufl., Herne/Berlin 1966
Redemann, Rainer	Kritische Gedanken zum Mietgeschäft Teilzahlungswirtschaft 1963, S. 7
Reichardt, Wolfgang	Das Gesetz über das Kreditwesen vom 25. September 1939 Berlin 1942
Reichel, Hans	Die Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB) Archiv für die civilistische Praxis Bd. 104, S. 1

Reichsgerichtsräte-Kommentar	Kommentar zum BGB, II. Bd., 1. Teil 11.Aufl., 1959, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
Reimann, Winfried	Unternehmer vor der Entscheidung Bauen oder Mieten Immobilien-Leasing schont das Eigenkapital Sonderdruck aus dem Handelsblatt Nr. 181 vom 19. 9. 1967
Ringleb	Das Leasing bedarf der Banken Der Volkswirt 1964, S. 2502
Risse	Die steuerliche Behandlung des Leasing-Vertrages Der Betriebs-Berater 1966, S. 1217
Rittershausen	Industrielle Finanzierung Wiesbaden 1964
Robertson, Jan F.	Equipment Leasing under the UCC. University of California, Los Angeles, Law Review, vol. 13, 1965-66, Los Angeles, S. 125
Roquette	Mietrecht 5. Aufl., Tübingen 1961
Sadtler, Rainer	Leasing im Wettbewerb Teilzahlungswirtschaft 1965, S. 27 ff., 54 ff., 91 ff.
Samter	Kommentar zum Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894, 1927
Sandrock, Otto	Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften Archiv für die civilistische Praxis Bd. 159, S. 481
Schaefer, Armin	Leasing (Investitionsgütervermietung) Neue Betriebswirtschaft 1963, S. 105
	Leasing - Wesen und Möglichkeiten einer neuzeitlichen Finanzierungsform Betriebswirtschaftliche Umschau 1963, S. 168

Schaefer, Armin — Zur Kritik am Leasing-System
Industriekurier Nr. 100 vom 29.6.1963

Scheffler, Eberhard — Kauf oder Miete?
Die Wirtschaftsprüfung 1964, S. 173

Schinnerer, Erich — bei Krasensky
Zur Rechtsgrundlage des Leasing-Verfahrens in Oesterreich
Leasing-Beiträge über ein neues Investitionsverfahren, Wien 1964, S. 28

Schlegel, Gerhard — Privatrecht und Steuerrecht
Finanz-Rundschau 1958, S. 479

Schloßmann, Siegmund — Über den Begriff des Eigentums
Dogmatische Jahrbücher 1903, Bd. 45, S. 289

Schmidt, Reimer — Rationalisierung und Privatrecht
Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 166, S. 9

Schmidt-Salzer, Joachim — Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formularkontrakte und unter wirtschaftlichem Druck geschlossene Verträge
Neue Juristische Wochenschrift 1967, S. 373

Die sogenannte Unterwerfung unter Allgemeine Geschäftsbedingungen
Der Betriebs-Berater 1967, S. 129

Rechtsprobleme der Schriftformklausel
Neue Juristische Wochenschrift 1968, S. 1257

Schmidt-Wegenast, Jörn — Leasing: Mobil trotz Immobilien
Sonderdruck aus "Die Teilzahlungswirtschaft" Nr. 6, November 1967

Schneider, K. — Über Vertragsstrafen im Versicherungsrecht
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1907, S. 259

Schönnenbeck, Hermann — Gesichtspunkte der Leasing-Finanzierung
Sonderdruck aus Die Bauwirtschaft, Heft 18-21, 1964

Schork, Ludwig — Gesetz über das Kreditwesen, Kommentar
Köln-Berlin-Bonn-München 1965

Schreiber — Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 60, S. 106

Schreihage, Heinrich — Grundzüge des neuen Kreditwesengesetzes
Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1959, S. 215

Das neue Gesetz über das Kreditwesen
Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1961, S. 663

Schuster, Leo — Leasing
Die Aktiengesellschaft 1963, S. 334

Zur Einordnung des "Leasing-Systems"
Die Terminologie der Betriebswirtschaftslehre
Der Betrieb 1964, S. 1490

Seeliger, Gerhard — Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht
Stuttgart 1962

Siebert, Wolfgang — Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis
2. Aufl., Marburg in Hessen 1933

Soergel-Siebert — Bürgerliches Gesetzbuch
II. Bd. Schuldrecht
III. Bd. Sachenrecht
Stuttgart 1962 und 1960

Staudinger, Julius v. — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Insbesondere: II Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil §§ 433-610
11. Aufl., Berlin 1955
erläutert von Kiefersauer, Ostler, Riedel

3. Teil §§ 705-740
9. Aufl., Berlin 1929
erläutert von Geiler

3. Teil §§ 611-704
11. Aufl., Berlin 1958
erläutert von Nipperdey, bearbeitet von Mohnen und Neumann

Steckhan, Hans-Werner	Die Innengesellschaft Berlin 1965
Steuck	Leasing - die miet- und pachtweise Nutzung von Produktionsgütern in wirtschaftlicher und steuerlicher Beurteilung Sonderdruck der Steuer- und Wirtschaftskurzpost 1965, Heft Nr. 127
Summerer, Lothar	Die ungleiche Behandlung von Kunden Düsseldorf 1958
Suppes, Ernst	Maschinenlieferungsvertrag als Mietvertrag im Konkurs des Bestellers Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat 1906/1907, S. 879
Szagunn, Volkhard - Neumann, Walter	Kreditwesengesetz 2. Aufl., Stuttgart 1967
Theuer, Gottfried - Schuster, Heinz	Leasing in Oesterreich bei Hagenmüller, S. 255
Thiel, Jochen	Das Leasing in der englischen Steuerrechtsprechung Der Betrieb 1964, S. 926
	Zivilrechtliche und steuerrechtliche Probleme des Leasings Der Betriebs-Berater 1967, S. 325
Thiel, Rudolf	Übertragung stiller Reserven Heidelberg 1965
	Das Leasing - steuerlich gesehen Die Information A 1964, S. 121
	Gedanken zur Methode der steuerlichen Rechtsfindung Steuerberaterjahrbuch 1963/64 Köln 1964, S. 161
Turner, Donald F.	Zur Anwendung des Antitrustrechts Wirtschaft und Wettbewerb 1966, S.218
Ullendahl	Leasing Teilzahlungswirtschaft 1962, S. 176

Unsere Wirtschaft	Leasing - Kaufen oder Mieten Monatsheft der Industrie- und Handelskammer Düsseldorf 1964 Sonderheft zu Heft 3
Vancil, Richard	Leasing of Industrial Equipment New York, Toronto, London 1963
Visser	Finanzierungs- und Kostenprobleme des Leasing von Investitionsgütern aus der Sicht des Leasingnehmers Diss. Freiburg i.Br. 1966
Vogt, Fritz	Abschreibung und Konjunktur Finanz-Rundschau 1960, S. 437
Weber, Heinz	Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht Diss. Münster 1955
Westermann, Harry	Sachenrecht 4. Aufl., Karlsruhe 1960
Wirtschaftsverband Teilzahlungswirtschaft e. V.	Handbuch der Teilzahlungswirtschaft Frankfurt a.M. 1959
Wißkirchen	Factoring in Deutschland Band 3 der Schriftenreihe Bankwissenschaftliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaft an der Universität Köln Köln 1965

Verwiesen wird auf die Abkürzungssammlung:

Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1968

E i n l e i t u n g

Neben die klassischen Methoden der Fremdfinanzierung, bei denen ein Unternehmen Eigentum erwirbt, sind nach dem zweiten Weltkrieg andere Finanzierungsformen getreten. Unter der schillernden Bezeichnung "Leasing" bieten Produzenten, Lieferanten und eigens zu diesem Zweck ins Leben gerufene Gesellschaften finanzierte Verträge an, bei denen das Eigentum nicht oder jedenfalls nicht sofort auf den Unternehmer übergeht, und deren Rechtsformen sich im Zwischenbereich von Miete und Kauf bewegen. Gebrauchsgüter wie Personenkraftwagen und Haushaltsgüter, Industriemaschinen, Schiffe, Lokomotiven und Flugzeuge werden auf diesem Wege finanziert. Auch Immobilien wie Wohnhäuser, Kaufhäuser und fertig ausgestattete Fabrikanlagen werden nach dieser neuzeitlichen Finanzierungsform gehandelt; zu ihrer Finanzierung gelangte unter der Bezeichnung Immobilien-Leasing-Zertifikat ein neuer Wertpapiertyp auf den Markt. Nicht nur eigens zu diesem Zweck gegründete Gesellschaften bieten Leasing-Finanzierungsverträge an; auch Großbanken und Produzenten haben diese Kreditgeschäfte in ihr Angebot aufgenommen. Neben der Frage nach ihrer Rentabilität wirft diese Finanzierungsform spezielle rechtliche Probleme auf. Über Rechtsnatur und Inhaltsgrenzen des nach weitgehend gleichlautenden allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossenen Vertrages werden die unterschiedlichsten Auffassungen vertreten. Die Unsicherheit einer zivilrechtlichen Zuordnung setzt sich im Steuerrecht fort, das in erster Linie eine Veranlagung an die zivilrechtliche Gestaltung eines Vertrages knüpft und wurde noch dadurch gefördert, daß der gemeinsame, vom Bundesminister der Finanzen erarbeitete Leasingerlaßent-

wurf keine Verbindlichkeit erlangte, so daß in den einzelnen Ländern unterschiedliche Besteuerungsmaßstäbe angewandt werden.* Problematisch erscheint schließlich auch, ob die derzeitige Finanzierung der Immobilien-Leasing-Geschäfte, wie sie von den Banken gehandhabt wird, mit dem Kreditwesengesetz in Einklang zu bringen ist. Im angloamerikanischen Recht bestehen gleichermaßen Meinungsverschiedenheiten über die zivil- und steuerrechtliche Zuordnung. Auch dort weichen die Auffassungen über die Rechtsfolgen der Verträge erheblich von einander ab.

---

* In seinem Urteil vom 26. Januar 1970 (BStBl 1970, Teil II, S. 264) hatte der BFH über eine der steuerlich problemreichsten Mobilien-Leasingformen, das sog. Finanzierungs-Leasing, zu entscheiden; die in dieser Entscheidung gewonnenen Abgrenzungskriterien und Ergebnisse stimmen mit der hier vertretenen These überein (die Dissertation wurde im Herbst 1969 abgeschlossen).

1. T e i l: "Mobilien-Leasing"

Seinen Ursprung nahm das "Leasing"-Verfahren in den Vereinigten Staaten und fand von dort aus in Deutschland[1] und auch in anderen europäischen Staaten[2] rasche Verbreitung. Der englischen Wortbedeutung nach umfaßt "Leasing" alle Miet- und Pachtvorgänge. Eine einheitliche deutsche Begriffsbildung fehlt. Unter "Leasing" werden heute in der Bundesrepublik recht unterschiedliche Dinge verstanden. Bezeichnungen wie "Finance-Leasing", "Operating-Leasing", "Plant-Leasing" werden vielfach verwandt, ohne daß allgemeine Klarheit oder Übereinstimmung über deren Inhalt bestünde. Auch die Versuche einer deutschen Begriffsbildung tragen nicht zu einem besseren Verständnis bei. Eine

---

1) US Leasing-Gesellschaften betreiben in der Bundesrepublik Leasing- Geschäfte, indem sie vereint mit deutschen Interessenten Kapitalgesellschaften gründen. Beispielsweise ist die United-States-Leasing-Corporation in San Francisco zu 20 % an der deutschen Leasing-GmbH Düsseldorf beteiligt. Die Maschinen Miete GmbH Düsseldorf ist zu über 50 % in der Hand der North American Business Equipment Ltd. und Hamilton Gruppe USA (vgl. Havermann, S. 146). Auch deutsche Leasing-Gesellschaften haben sich an amerikanischen Vorbildern ausgerichtet (z.B. VW-Leasing-GmbH). Vielfach stimmen die allgemeinen Geschäftsbedingungen deutscher Leasing-Gesellschaften in ihren wesentlichen Grundzügen mit den Formularklauseln amerikanischer Unternehmen überein.

2) Der Vorstoß amerikanischer Leasing-Gesellschaften auf dem europäischen Markt begann im Jahre 1961, als die Lease Plan International Corporation in Zusammenarbeit mit englischen Banken in London die Equipment Leasing Co gründete. Anschließend errichtete die Lease Plan International Leasing-Gesellschaften auch in Belgien und Frankreich. In Paris wurde mit 10 Mio. Francs Aktienkapital die Compagnie Européenne d'Equipement errichtet, und zwar unter Beteiligung der Banque de France. Eine rein französische, nicht mit amerikanischem Kapital finanzierte Gesellschaft ist die Locafrance SA mit 5 Mio. Francs Aktienkapital, an der u.a. die Banque de l'Indochine und die Banque Française du Commerce Extérieur maßgeblich beteiligt sind (vgl. Geiler in Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen , 1963, S. 108).

Fülle von Bezeichnungen wie "Mietfinanz", "Fabrikpacht", "Anlagenpacht" oder nur teilweise verdeutschte Ausdrücke wie "Leasingfinanzierung", "Fabrikleasing", "Konsumgüterleasing" vermögen den Begriffsinhalt des "Leasing" nicht zu verdeutlichen.[3] Man wird sich, wie das Institut Finanzen und Steuern in seiner Studie[4] über Leasing-Verträge ausführt, an den Gedanken gewöhnen müssen, daß "Leasing" eine schillernde Vertragsbezeichnung ist, die für die unterschiedlichsten Finanzierungsformen verwandt wird. Die nachfolgende Übersicht enthält die wesentlichsten im Wirtschaftsleben anzutreffenden Geschäftsformen, die als "Leasing" oder jedenfalls als mehr oder minder verwandte Rechtsformen angesehen und erörtert werden. Sie umschreibt die unterschiedlichen Finanzierungsgeschäfte mit Bezeichnungen, wie sie sich bei Banken und Leasing-Gesellschaften eingebürgert haben.

I. Erscheinungsformen

1. "Finanzierungs-Leasing"[5]

Verträge, die eine Finanzierung auf der Basis einer entgeltlichen Gebrauchsüberlassung zum Inhalt haben und über eine mehrjährige Laufzeit abgeschlossen werden, bezeichnet man als Finanzierungs-Leasing. Der Finanzierungscharakter dieser Geschäfte zeigt sich darin, daß der Leasing-Nehmer mit seinen Zahlungen die Anschaffungskosten des Leasing-Gutes aufbringt. Charakteristisch für das Finanzierungs-Leasing ist es, daß eine Kündigung des Vertrages nicht möglich ist, und daß die Vertragszeit der wirtschaftlichen Nutzungsdauer des

---

3) Vgl. Institut Finanzen und Steuern, S. 11

4) S. 11

5) Vgl. Gäfgen bei Hagenmüller, S. 123; Krause, S. 14; Krasensky, S. 13; Lwowski, S. 51; Havermann, S. 23; Binder, S. 11; Book, DB 1964, S. 229; Institut Finanzen und Steuern, S. 16

Investitionsgutes entspricht[6], und daß der Leasing-Nehmer die Ausrüstung nach Ablauf der drei- bis vierjährigen Vertragsdauer zurückzugeben hat. Für den Leasing-Kunden bietet das Finanzierungs-Leasing eine Alternative zum Kauf, der mit Darlehen oder durch Einsatz eigener Mittel finanziert wird. Da während der für den Leasing-Nehmer unkündbaren Vertragszeit die gesamten Anschaffungskosten des Leasing-Gutes amortisiert werden, bietet sich dem Leasing-Geber eine zusätzliche Gewinnmöglichkeit, falls er nach Ablauf des Vertrages die Ausrüstung veräußern oder einem Dritten zur Nutzung überlassen kann.

2. "Operating-Leasing"[7]
(Kurzfristig kündbare Mietverträge)

Im Unterschied zum Finanzierungs-Leasing ist beim Operating-Leasing eine bestimmte Grundmietzeit nicht vorgesehen. Entsprechend der Interessenlage des jeweiligen Unternehmens wird entweder eine den betrieblichen Gegebenheiten angepaßte Vertragszeit vereinbart, oder, falls das Ende der Nutzungszeit bei Vertragsschluß noch nicht abzusehen ist, ein kurzfristiges Kündigungsrecht zugunsten des

---

6) Die Behauptungen Binders, S. 12, III., 1., und Büschgens, S. 563, die Vertragszeit sei in der Regel kürzer als die wirtschaftliche Nutzungsdauer der Ausrüstung, trifft nicht zu. Daß der Leasing-Geber nach erfolgter Rückgabe der Leasing-Sache im Wege des sogenannten Second-Hand-Leasing oder durch Verkauf versucht, einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen, steht auf einem anderen Blatt. Es wäre lebensfremd, zu glauben, daß ein Wirtschaftsunternehmen den vollen Anschaffungspreis eines Investitionsgutes zuzüglich Finanzierungskosten aufbringt, ohne eine entsprechende, volle Wertschöpfung zusichernde Gegenleistung zu erhalten. Richtig ist nur, daß die vereinbarte Nutzungszeit nicht selten die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer im Sinne des Steuerrechts unterschreitet.

7) Vgl. Gäfgen, bei Hagenmüller, S. 123; Havermann, S. 22; Krause, S. 13; Lwowski, S. 55; Institut Finanzen und Steuern, S. 16; Binder, S. 11

Leasing-Nehmers eingeräumt. Operating-Leasing-Verträge sind in der Bundesrepublik, abgesehen von dem speziellen Geschäftszweig des Automobilgeschäftes[8], nicht anzutreffen. Der Grund dürfte darin zu sehen sein, daß kurzfristig kündbare Verträge, die zudem im Gegensatz zum Finanzierungs-Leasing das Risiko einer technischen Überalterung dem Leasing-Geber aufbürden, auf einer Gebührenkalkulation beruhen, die kurzfristig kündbare Geschäfte unrentabel erscheinen lassen.[9]

3. "Equipment-Leasing"[10]

Der Ausdruck Equipment-Leasing dient im Gegensatz zum Finanzierungs- und Operating-Leasing nicht als Kennzeichnung einer bestimmten Vertragsausgestaltung, sondern lediglich als Objektsbezeichnung. Gegenstand eines Equipment-Leasing-Vertrages können sämtliche Investitionsgüter eines Industrieunternehmens sein. Handelt es sich nicht um einzelne Maschinen oder Ausrüstungsgegenstände, sondern um eine Sachgesamtheit, wie es beispielsweise bei Verträgen über komplette Betriebsanlagen oder -einrichtungen der Fall ist, so spricht man auch von Plant-Leasing, Fabrikpacht oder Anlagenpacht.[11]

4. "Sale and Lease-Back"[12]

Das Sale and Lease-Back-Verfahren dient der Kreditbeschaffung eines Unternehmens. Es erstreckt sich im Gegensatz zu den erwähnten Vertragsformen auf bereits genutzte und im Eigentum des Leasing-Nehmers stehende Ausrüstungsgüter und Anlagen. Der

---

8) Z.B. die U.S.-Tochtergesellschaften Avis und Hertz

9) Vgl. Bamberger, in Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1963, S. 640

10) Vgl. Gäfgen, S. 124; Binder, S. 9; Institut Finanzen und Steuern, S. 16; Havermann, S. 21; Krause, S. 14

11) Gäfgen, S. 124

12) Vgl. Gäfgen, S. 127; Lwowski, S. 12; Binder, S. 11; Krause, S. 17; Havermann, S. 27; Institut Finanzen und Steuern, S. 16

Unternehmer verkauft die Objekte an eine Leasing-Gesellschaft oder an ein anderes Wirtschaftsunternehmen gegen sofortige mietweise Rücküberlassung des Gegenstandes, um auf diese Weise eine Kapitalfreisetzung zu erreichen. Dieses Kapital, das ihm durch die Mietraten allmählich wieder entzogen wird, kann er, wie bei jeder Finanzierung, an anderer Stelle einsetzen. Das Sale and Lease-Back-System hat sich nicht nur als neuartige Finanzierungsform zur Ausfüllung von Kapitallücken bewährt, sondern wird außerdem als Instrument für Unternehmensfusionen angewandt.[13)]

5. "Kraftfahrzeug-Leasing"[14)]

Von der Automobilbranche werden neben Barkauf und finanziertem Kauf Leasing-Verträge als dritte Erwerbsmöglichkeit angeboten, und zwar entweder unter Einschaltung einer unabhängigen oder auch herstellergebundenen Gesellschaft oder in Ausnahmefällen auch vom Hersteller selbst. Meist kann der Kunde unter zwei Angebotsformen, dem sogenannten Netto- oder dem DienstleistungsLeasing wählen. Unter Netto-Leasing, der ersten der beiden Varianten, versteht man die Gebrauchsüberlassung fabrikneuer Fahrzeuge gegen monatliche Ratenzahlungen. Im allgemeinen ist das Netto-Leasing in vier unterschiedlichen Angebotsformen anzutreffen. Das Standardangebot, das eine unbeschränkte Kilometerleistung bietet, sieht eine völlige Amortisation der Anschaffungskosten während der Leasing-Zeit vor. Aus Wirtschaftlichkeitsgründen ist es für den Kunden empfehlenswert, Verträge nicht unter 24 Monaten Laufzeit abzuschließen. Die Leasing-Kosten werden durch zwei Umstände, die Höhe der monatlich zu zahlenden Leasing-Raten und die Rück-

13) Lwowski, S. 12

14) Binder, S. 10; Bock, bei Hagenmüller, S. 212

erstattung des Restwertes des Leasing-Objektes, bestimmt. Die Leasing-Raten umfassen die Amortisation des Anschaffungswertes des Kraftfahrzeuges, die Verzinsung während der Finanzierungszeit und die Kosten der Leasing-Gesellschaft. Eine nachträgliche Minderung der Leasing-Kosten tritt dadurch ein, daß die Leasing-Gesellschaft am Ende der Vertragszeit mit ihrem Kunden über den Restwert des Leasing-Objektes, dessen Höhe sich nach dem erzielten Verkaufserlös richtet, abrechnet und im Durchschnitt 90 % des Verkaufserlöses auszahlt.

Während beim Standardangebot eine völlige Amortisation des Objektwertes eintritt, so daß die Ratenzahlungen relativ hoch ausfallen, sind bei einer Variante des Netto-Leasing erheblich geringere Teilzahlungsbeträge zu leisten. Dieser Effekt wird dadurch erreicht, daß der zu erwartende Restwert nicht erst bei der Abrechnung nach Vertragsablauf, sondern gleich zu Anfang bei der Festsetzung des Amortisationsbetrages kostenmindernd berücksichtigt wird. Infolgedessen verringert der zu erwartende Restwert, dessen Höhe nach dem erwarteten Nettoeinstandswert abzüglich einer 20%igen Sicherheitsquote ermittel wird, den Abschreibungsbetrag des Leasing-Nehmers und damit die Höhe der monatlichen Ratenbeträge. Abrechnungsgrundlage am Vertragsende ist wie beim Standardangebot der tatsächliche Nettoeinstandswert abzüglich des bei der Kalkulation angesetzten Restwertbetrages. Ergibt sich ein Mehrerlös gegenüber dem angesetzten Restwert, so kommt dies dem Leasing-Nehmer zugute. Einen eventuell eintretenden Mindererlös hat er hingegen zu erstatten. Will der Leasing-Nehmer das Risiko eines Mindererlöses nicht auf sich nehmen, so steht ihm eine dritte Variante des Netto-Leasing zur Wahl: Das Schema zur Kalkulation der Leasing-Kosten ist grundsätzlich das gleiche wie im vorhergehenden Fall. Der Unterschied

beider Berechnungsarten tritt lediglich bei der Kalkulation des Amortisationsbetrages zutage, da der erwartete Nettoeinstandswert um eine erhöhte Sicherheitsquote von 40 % gemindert wird. Als Auswirkung dieser Kalkulationsmethode tritt eine Erhöhung der monatlichen Netto-Leasing-Raten ein. Am Ende der Vertragszeit erhält der Kunde auch hier einen Restwertausgleich in Höhe der Differenz zwischen fiktivem und tatsächlichem Nettoeinstandswert.

Die vierte Angebotsform des Netto-Leasing sieht eine Restwertbeteiligung des Kunden nicht vor. Bei der Ermittlung des Amortisationsbetrages wird wie in den beiden vorhergehenden Netto-Leasing-Varianten der erwartete Nettoeinstandswert eingesetzt, allerdings ohne Abzug einer Sicherheitsquote. Da nach Ablauf der Vertragszeit ein Restwertausgleich zwischen Leasing-Geber und Leasing-Nehmer nicht stattfindet, belastet oder begünstigt der tatsächlich erzielte Einstandswert das Konto der Leasing-Gesellschaft, falls diese das Risiko eines Mehr- oder Mindererlöses nicht dem einzelnen Händler aufbürdet, um ihn zu einer vorsichtigen Berechnung des erwarteten Nettoeinstandswertes zu veranlassen.

Dienstleistungs-Leasing-Verträge gewähren die Gebrauchsüberlassung eines Fahrzeuges, verbunden mit einer gleichzeitigen Übernahme bestimmter vertraglich festgelegter Leistungen wie Haftpflicht- oder Kasko-Versicherung, Entrichtung der Kraftfahrzeugsteuer, Reparaturen und Wartungsdienste. Grundlage eines Dienstleistungs-Leasing-Vertrages kann jeder der vier Netto-Leasing-Verträge sein, jedoch mit der Einschränkung, daß in jedem Fall eine bestimmte Fahrleistung festgelegt wird, da diese für die Höhe der Kosten, die durch Verschleißreparaturen und Wartungsdienste entstehen, von entscheidender Bedeutung ist. Überschreitet der

Leasing-Nehmer die vertraglich vereinbarten Gesamtfahrleistungen, so werden die entsprechenden Dienst- und Wartungsarbeiten gesondert abgerechnet.

6. Sonstige "Leasing"-Formen

a) "Term and Revolving-Leasing"[15)]

Ist ein bestimmtes Einzelobjekt oder eine bestimmte Anzahl von Objekten Vertragsgegenstand und wird außerdem, wie es dem Normalfall entspricht, die Vertragsdauer von vornherein festgelegt, so spricht man von Term- oder Run-Off-Lease. Im Gegensatz hierzu stehen Verträge, die eine Auswechslung des Leasing-Objektes vorsehen, und die man als Revolving-Leasing zu bezeichnen pflegt. Interesse zum Abschluß eines Revolving-Leasing-Vertrages besteht z.B. dann, wenn ein Unternehmer sich die Möglichkeit offenhalten will, ein vorzeitig veraltetes, abgenutztes oder sonst unbrauchbar gewordenes Investitionsgut durch ein moderneres zu ersetzen. Ein Revolving-Leasing-Vertrag verlängert sich im Normalfall mit jeder Erneuerung um die gewöhnliche Nutzungsdauer des ausgewechselten Industriegutes. Diese Form des Leasing erfreut sich in den USA vor allem bei Kraftfahrzeugen und anderen Gütern, die ebenfalls rasch veralten können, wie elektronische Anlagen, Büromaschinen und Werkzeugmaschinen besonderer Beliebtheit.[16)]

b) "Net and Gross-Leasing"[17)]

Der Unterschied zwischen Net und Gross-Leasing besteht darin, daß entweder die Leasing-Gesellschaft oder der Leasing-Nehmer die anfallenden Wartungs-,

---

15) Gäfgen, bei Hagenmüller, S. 126; Krause, S. 19; Gross, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, S. 341

16) Gäfgen, bei Hagenmüller, S. 126

17) Gäfgen, bei Hagenmüller, S. 125; Krause, S. 19

Instandhaltungs- und sonstigen Nebenkosten, die eine Nutzung des Wirtschaftsgutes mit sich bringt, wie Versicherungs- und Steuerkosten, übernimmt. In den USA erstreckt sich das Gross-Leasing hauptsächlich auf Kraftfahrzeuge, Gabelstapler und Erdbewegungsmaschinen. Derartige Leasing-Geschäfte werden meist sowohl von Herstellern als auch von Leasing-Gesellschaften, die Kraftfahrzeuge anbieten, abgeschlossen und haben häufig die Form des Operating-Leasing. Gross-Leasing-Verträge sehen vielfach auch vor, daß Investitionsgüter entsprechend dem Revolving-Leasing in bestimmten Abständen durch neue ersetzt werden. Darüber hinaus werden Verträge angeboten, die eine ständige Betriebsbereitschaft des Industriegutes zusichern. Als eine Unterform des Gross-Leasing wird vor allem bei Kraftfahrzeugen das Maintenance-Leasing angeboten, bei dem sich die Nebenpflichten des Leasing-Gebers auf die Wartung und ständige Betriebsbereitschaft des Vertragsgegenstandes erstrecken. Gross-Leasing-Verträge sind in der Bundesrepublik bislang nur in der Automobilbranche anzutreffen und werden dort als Dienstleistungs-Leasing bezeichnet.

c) "Blanket-Leasing"[18)]

Diese wohl in den USA, nicht aber in der Bundesrepublik anzutreffende Ausgestaltungsform bietet dem Leasing-Nehmer einen Rahmenkreditvertrag, der eine bestimmte betragsmäßige Höchstgrenze festlegt, innerhalb deren er alle oder auch nur bestimmte Ausrüstungsgüter zur zeitlich beschränkten Nutzung beziehen kann.

---

18) Gäfgen bei Hagenmüller, S. 126

d) "Factoring"[19)]

Das in den Vereinigten Staaten für den Bereich der Unternehmungsfinanzierung entwickelte Factoring-System wird in der Literatur[20)] oft in einem Atemzug mit Leasing-Finanzierungsgeschäften genannt oder gelegentlich als Variante des Leasing aufgefaßt, obwohl jegliche sachliche Grundlage einer Gleichstellung fehlt, läßt man den Finanzierungscharakter, der ohnehin als Kriterium nicht geeignet ist, da diese Gemeinsamkeit nicht nur zwischen Leasing und Facotoring besteht, einmal außer acht. Die Finanzierung des Factoring besteht ausschließlich im Austausch von Vermögensteilen und führt zu einer Umschichtung von Forderungen in liquide Mittel. Ein sogenannter Factor kauft die Forderungen eines Unternehmens gegen sofortige Barzahlung auf und übernimmt, das ist die wichtigste Funktion dieses Finanzierungszweiges, jegliches Kreditrisiko.[21)] Der Factor kauft allerdings von seinen Kunden nur "erste Adressen", um sein Risiko möglichst gering zu halten. Für die Übernahme der Forderungen muß das den Factor beanspruchende

---

19) Flohr, Factoring, Leasing und Fabrikpacht, DB 1963, S. 773; Horbach, Fremdfinanzierung mittels Factoring und Leasing, Die Aussprache 1963, S. 191; Institut Finanzen und Steuern, S. 14; Krause, S. 7 Anm. 2; Szagunn-Neumann, § 1 Rdn. 13; Schork, § 1 Rdn. 31; Consbruch-Müller, § 1 Rdn. 5.

20) Die Gemeinsamkeit zwischen Factoring und Leasing wird darin gesehen, daß beide Finanzierungsarten darauf aus sind, die Kapitalbindung eines Unternehmens in Vermögenswerten und die damit verbundenen Risiken herabzusetzen und insbesondere die Liquidität zu erhöhen. Beides seien daher Methoden, welche die Aktivseite der Bilanz berühren. Während Leasing das Entstehen von Anlagevermögen überhaupt verhindere, oder in der Sonderform des Sale-Lease-Back Anlagevermögen gegen Kasse eintausche, bedeute das Factoring einen Austausch von Vermögensteilen, nämlich Forderungen gegen Kasse (Institut Finanzen und Steuern, S. 14; Flohr, Factoring-Leasing-Fabrikpacht, DB 1963, S. 84).

21) In der Bundesrepublik wird das Factoring häufig

Unternehmen einen Abschlag für dessen Gewinn und Risikoübernahme, sowie für Verwaltungs- und Zinskosten entrichten. Ob sich die Einschaltung eines Factors für ein Unternehmen lohnt, hängt von den ersparten Verwaltungskosten, insbesondere der mit einer Debitorenbuchhaltung anfallenden Kosten und der Höhe der in den Außenständen enthaltenen Gewinnanteile ab. Die Nachteile des Factoring-Systems, Erhöhung der unternehmerischen Kosten um den Gewinnanteil des Factors, Einblick in den Kundenkreis des Unternehmens und Verschlechterung der Beziehungen zwischen dem Unternehmen und seinen Kunden, falls der Factor die Forderungen energisch eintreibt, haben einer weiten Verbreitung dieser Finanzierungsart in der Bundesrepublik bisher entgegengestanden.

e) "Mietfinanzierung"[22)]

Im Unterschied zu Nutzungsverträgen, die mit Hilfe einer Gesellschaft abgeschlossen werden, sind an Mietfinanzierungsverträgen drei Vertragspartner, der Hersteller oder Lieferant, sein Kunde und die finanzierende Bank beteiligt. Der Hersteller bzw. Lieferant einer Ware schließt mit seinem Kunden einen Mietvertrag und verkauft anschließend seine Mietforderungen an eine Bank. Nachdem die Bank sowohl die Bonität des Mieters als auch des Vermieters geprüft hat, zahlt sie den sogenannten Auszahlungsbetrag an den Vermieter, wobei sie einen Sicherheitsabzug, der bis zu 10 % der Mietforderung ausmachen kann, bis zum Ablauf des Vertrages auf einem Sperrkonto festlegt. Weitere Sicherungen erhält das Kreditinstitut dadurch, daß es

---

auch in der Form betrieben, daß der Veräußerer für die Einbringlichkeit der abgetretenen Forderung haftet (vgl. Consbruch-Möller, §1 Rdn. 5).

22) Vgl. Institut Finanzen und Steuern, S. 13; Krause, S. 6; Havermann, S. 30; Binder, S. 14; Schäfer, Neue Betriebswirtschaft 1963, S. 105 und Betriebswirtschaftliche Umschau 1963, S. 169.

von dem Vermieter eine Sicherungsübereignung des Mietgegenstandes verlangt. Zusätzlich muß sich der Vermieter verpflichten, im Falle des Zahlungsverzuges oder eines Vermögensverfalls des Mieters den Mietgegenstand zurückzuerwerben. Außerdem haftet der Vermieter der Bank für eine pünktliche Ratenzahlung des Mieters. Die Zahlungen des Mieters an die Bank berechnen sich nach den vereinbarten Mietraten zuzüglich der vom Finanzierungsinstitut beanspruchten Gebühren. Bei oder nach Vertragsschluß teilt der Vermieter seinem Kunden mit, daß Mietforderungen nebst Finanzierungsgebühren an eine Bank abgetreten werden.[23)]

Eine aktuelle Erscheinungsform industrieller Mietgeschäfte findet sich bei der Benutzung betriebsfremder elektronischer Datenverarbeitungsanlagen.[24)] Die Ingebrauchnahme einer Fremdanlage ist in unterschiedlicher Vertragsform anzutreffen. Besteht die Leistung des Rechenzentrums darin, dem Kunden die Rechenanlage zur Verfügung zu stellen, so daß der Kunde also mit eigenem Programm und eigenem Personal arbeitet, so sind die Tatbestandsmerkmale eines Mietvertrages erfüllt. Darüber hinaus trifft man Verträge an, die neben den Elementen des Mietvertrages auch werkvertragliche Abreden aufweisen. Derartige Vereinbarungen enthalten das Recht des Kunden zur Inanspruchnahme einer bestimmten Datenverarbeitungsanlage und daneben die Pflicht des Rechenzentrums, Personal zur Bedienung bereitzustellen. Reinen Werkvertragscharakter ohne Mieteinschlag weisen Datenverarbeitungsverträge auf, bei denen

---

23) Gewisse Parallelen sind zwischen der Mietfinanzierung und dem Factoring-System festzustellen. Beim Factoring werden ähnlich der Mietfinanzierung Forderungen eines Lieferanten an einen Kunden gegen Barzahlung von einer Bank übernommen, jedoch wird das Unternehmen im Gegensatz zur Mietfinanzierung unter Berechnung eines Abschlages vom Kreditrisiko befreit (vgl. Krause, S. 7 Anm. 2).

24) Vgl. Loewenheim, BB 1967, S. 593 ff.

das Rechenzentrum die Eingabedaten des Kunden verarbeitet und dann die ausgewerteten Ergebnisse liefert.

Erwähnenswert sind außerdem die in der Automobilbranche vielfach unter der dem angloamerikanischen Rechtskreis entliehenen Bezeichnung "rent a car" anzutreffenden Formen der Vermietung von Personen-, Lastkraftwagen, Omnibussen und Wohnwagen. Hierbei handelt es sich, wie die Einsicht zahlreicher Verträge gezeigt hat, um Mietverträge im herkömmlichen Sinn.

7. "Mietkauf"[25)]

Die Bezeichnung Mietkauf umschreibt einen Vertrag, der den Abschluß eines Kaufvertrages nach vorangegangener Miete vorsieht. In der Regel wird dabei so verfahren, daß Gegenstände des beweglichen Anlagevermögens (Büro- und andere Maschinen, Einrichtungsgegenstände, Investitionsgüter) zunächst vermietet werden, wobei dem Mieter das Recht eingeräumt ist, die gemieteten Gegenstände unter voller Anrechnung des Kaufpreises zu erwerben. Zwei Vertragstypen sind im Verkehrsleben anzutreffen. Sie unterscheiden sich voneinander insofern, als in dem einen Fall beide Vertragsparteien, also Mieter und Vermieter, einen Kaufabschluß von Vertragsbeginn an fest vereinbart haben, während die zweite Vertragsform nur den Vermieter verpflichtet, einen Kaufvertrag abzuschließen, es dem Mieter aber freistellt, nach Ablauf der Mietzeit den Gegenstand zurückzugeben oder ihn unter Anrechnung der entrichteten Mietzinsen zu erwerben.[26)]

---

25) Vgl. Book, bei Hagenmüller, S. 183; Theuer, bei Hagenmüller, S. 261, Havermann, bei Hagenmüller, S. 92

26) Mietkaufverträge waren wegen ihrer steuerrechtlichen Problematik wiederholt Gegenstand der Finanzrechtsprechung. Ein Mietkaufvertrag im erstgenannten Sinne lag einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 5.11.1957, BStBl 1957 III, S. 445, ein Vertragstyp der zweiten Art einem Urteil des Bundesfinanzhofes vom 2.8.1966, DB 1967, S. 106 zugrunde.

II. Gegenstand der Untersuchung

Die bisherigen Ausführungen machen deutlich, daß sich "Leasing", so wie es heute verstanden wird, auf recht unterschiedliche Sachverhalte erstreckt. Der Vertragsform nach kann es sich um die Refinanzierung eines bestehenden Miet- oder Pachtverhältnisses durch ein Finanzierungsinstitut oder um einen Vertrag zwischen einer Leasing-Gesellschaft (LG) und ihrem Kunden, dem Leasing-Nehmer (LN), handeln. Dem Vertragsgegenstand nach können bewegliche und unbewegliche Güter, Investitions- oder Konsumgüter finanziert werden. Geht man von der Vertragsdauer aus, so erfaßt das "Leasing" sowohl langfristige Geschäfte, die eine Amortisation der Ausrüstung in einem einzigen Vertrag anstreben, als auch kurz- oder mittelfristige Vereinbarungen, die mit mehreren, einander nachfolgenden Vertragspartnern abgeschlossen werden. Nach Ablauf der Grundmietzeit kann das Vertragsverhältnis entweder durch Anschlußvertrag fortgesetzt oder durch Ausübung eines Optionsrechtes oder durch Verkauf an einen Dritten auf Rechnung des LN beendet werden. Je nach Anzahl der an einem Leasing-Geschäft Beteiligten ergeben sich zudem unterschiedliche Fragestellungen und Probleme. Wenn im folgenden der Versuch gemacht werden soll, im deutschen und anglo-amerikanischen Recht den zivil- und steuerrechtlichen Problemen dieser Vertragstypen nachzugehen, so erscheint es notwendig, eine Vereinfachung vorzunehmen. Die Untersuchung beschränkt sich von nun an auf die am häufigsten anzutreffenden Erscheinungsformen. Keine Beachtung werden diejenigen Gestaltungen finden, die sich eindeutig als finanzierte Miet- oder Kaufverträge einordnen lassen. Das Interesse gilt daher jenen Verträgen, die zivielrechtlich so gestaltet sind, daß sie in den Bereich zwischen Miete und Kauf fallen. Da Leasing-Verträge überwiegend mit besonderen Gesellschaften

abgeschlossen werden, steht diese Finanzierungsform im Mittelpunkt der Erörterungen.

Die Grundstruktur aller von LG angebotenen Verträge ist gleich. Die LG erwirbt von einem Hersteller oder Lieferanten einen Ausrüstungsgegenstand und überläßt ihn dem LN zum Gebrauch. In aller Regel wird das Erwerbsgeschäft von einer Bank finanziert, so daß insgesamt fünf Rechtsverhältnisse zu unterscheiden sind: Das zwischen der LG und dem Verkäufer, der Kaufvertrag, das zwischen der LG und dem LN, die Gebrauchsüberlassung des Gegenstandes, und das zwischen der LG und dem Finanzierungsinstitut, der Finanzierungsvertrag, sowie mittelbare Rechtsbeziehungen zwischen LN und dem Kreditinstitut einerseits, Tilgung des an die LG gezahlten Darlehens, und schließlich auch mittelbare Rechtsbeziehungen zu dem Verkäufer, die bei der Abwicklung von Gewährleistungsrechten in Erscheinung treten.

Das Nutzungsverhältnis, also die Rechtsbeziehungen der LG (bzw. dem Produzenten oder Lieferanten) zum LN, kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Die heute aktuellen Vertragsformen lassen sich ihrem Geschäftsablauf nach auf drei Grundtypen zurückführen:

1. Verträge, deren Laufzeit der Nutzungsdauer des Vertragsgegenstandes entspricht, wobei aus steuerlichen Erwägungen häufig die meist monatlich zu entrichtenden Zahlungen nicht an dem jeweiligen monatlichen Nutzungswert ausgerichtet sind (sogenannte Finanzierungs-Leasing-Verträge).

2. Vereinbarungen, deren Laufzeit die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Vertragsobjektes unterschreitet mit möglichem oder fest vereinbartem anschließenden Erwerb der Ausrüstung unter voller Anrechnung der entrichteten Raten (im Steuerrecht sogenannter Mietkauf).

3. Verträge, deren Laufzeit die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer unterschreitet mit anschließendem Verkauf des Vertragsgegenstandes an einen Dritten auf Kosten und zum Risiko des Nutzungsberechtigten oder der LG.

Während die beiden erstgenannten Vertragstypen von fast allen LG angeboten werden, beschränkt sich die letztgenannte Erscheinungsform auf Verträge der Automobilbranche.

Die von den LG angebotenen Verträge haben in aller Regel die Form eines Standardvertrages. Durch die Willenserklärungen der Parteien beim Vertragsabschluß werden die auf den Vertragsformularen abgedruckten allgemeinen Geschäftsbedingungen der LG Vertragsinhalt. Verträge, die nach Bedingungen abgeschlossen werden, die eine Vertragspartei einseitig festlegt und bestimmt, lassen eine Inhaltskontrolle erforderlich erscheinen; dies gilt ganz besonders für die von den LG angebotenen Vereinbarungen, da sie für den LN rechtliche Beziehungen nicht nur zu der LG, sondern auch mit dem Verkäufer und einem Finanzierungsinstitut anknüpfen, so daß das Rechtsverhältnis für den LN unübersichtlich und nicht leicht durchschaubar wird und die für ihn nachteiligen Freizeichnungsklauseln nicht auf den ersten Blick erkennen läßt. Aufgabe der Untersuchung wird es daher sein, die allgemeinen Geschäftsbedingungen der LG zu überprüfen, und ihre Inhaltsgrenzen aufzuzeigen. Vergleicht man die Formulartexte der verschiedenen Gesellschaften, so läßt sich feststellen, daß sie oft inhaltlich und teilweise sogar wörtlich übereinstimmen. Das mag in der Eigenart der Finanzierungsform seine Ursache haben, jedenfalls ermöglicht diese Tatsache eine wohl allgemeingültige Inhaltsermittlung und damit auch eine Inhaltskontrolle der angebotenen Vertragsformen. Ein zweiter, nicht minder wichtiger Problemkreis, der vor allem die Finanzverwal-

tung beschäftigt, betrifft die steuerrechtliche Bewertung der finanzierten Verträge; ihm wird in einem weiteren Abschnitt Rechnung getragen. Zuvor soll jedoch nicht verabsäumt werden, der Frage nachzugehen, ob es für ein Unternehmen betriebswirtschaftlich gesehen rentabel ist, einen solchen Finanzierungsvertrag abzuschließen.

III. Vergleichsrechnung "Leasing" - finanzierter Kauf

Ein Unternehmen, das vor der Entscheidung steht, ob es von dem Leasing-Verfahren Gebrauch machen soll oder nicht, muß sich in erster Linie an kalkulatorische Vergleiche mit anderen Finanzierungsmöglichkeiten halten. Sofern ein Betrieb eine bestimmte Investition vorzunehmen hat, wird er die Frage klären müssen, welche Liquiditäts- und Rentabilitätsbelastungen damit im einzelnen verbunden sind. Diese Belastungen müssen dann mit den Kosten des konkreten Leasing-Vertrages verglichen werden. Ein Belastungsvergleich kann entsprechend den jeweiligen betriebsindividuellen Werten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die bei einer Vergleichsrechnung Leasing - Kauf einzusetzenden Faktoren sind hauptsächlich folgende: Kauft ein Unternehmen ein Investitionsgut, so hat es die Anschaffungskosten, Nutzungsdauer und Restwert, Höhe und Methode der Abschreibung, Steuerbelastung und Netto-Kapitalrendite in Rechnung zu stellen. Wird der Ankauf mit Fremdmitteln finanziert, so sind zusätzlich Zinssätze und Tilgungsmodalitäten zu beachten. Bei Leasing-Verträgen sind dementsprechend die Vertragsdauer, Verlängerungs- bzw. Erwerbsoption, Höhe der monatlichen Raten, Steuerbelastung und Kapitalrendite zu beachten.[27)]

Anhand eines konkreten Beispiels zeigt die nachfolgende Rechnung einen Belastungsvergleich, dem

---

27) Vgl. Institut Finanzen und Steuern, S. 67/68

ein Angebot einer LG über ein Objekt von 1.000.000,- DM zugrundeliegt. Die einzelnen Konditionen der LG waren: Vertragsdauer vier Jahre, Monatsraten 2.625,- DM, Optionsrecht nach Ablauf von vier Jahren. Die Vergleichsrechnung geht von einer Kapitalrendite von 8 % aus, setzt die Anschaffungskosten bei 3 % Skonto mit 97.000,- DM an und legt eine Abschreibungsdauer der Maschine von acht Jahren zugrunde.

	Käufer	LN
angenommene Investitionsguterlöse	1.000.000,-	1.000.000,-
Abschreibung für 4 Jahre	47.500,-	
Abzugsfähige Miete in 4 Jahren		126.000,-
Zinsen für Fremdkapital	25.000,-	
Zinsen für Mietbetrag 8 % / 126.000,-		10.000,-
Ertrag in 4 Jahren	927.500,-	864.000,-
abzügl. 56 % Steuer	520.000,-	490.000,-
Reingewinn	407.500,-	374.000,-

Aus der Vergleichsrechnung geht hervor, daß der finanzierte Kauf unter den genannten Voraussetzungen in der Rentabilitätsbetrachtungsweise überlegen ist. Geht man zugunsten des Leasing-Vertrages davon aus, daß die Finanzverwaltung das Vertragsverhältnis steuerrechtlich anerkennt und die angesetzten monatlichen Raten voll als Betriebsausgaben zuläßt[28], so verändert sich das Bild insofern, als Steuervorteile und Zinsgewinne, die sich aus dem Rentabilitätsvergleich ergebenden Nachteile des Leasing, wenn auch nicht vollständig, so doch jedenfalls zum größten Teil ausgleichen.

28) Hinweis auf S. 106 ff.

Steuervergleich

I. Käufer

Anschaffungskosten bei 3 % Skonto	DM 97.000,-
Abschreibung in 4 Jahren = DM 47.500,-	
Steuervorteil bei 56 % Steuerbelastung	" 27.160,-
	DM 69.840,-

II. Leasing-Nehmer

Leasingzahlungen in 4 Jahren	DM 126.000,-
Abzugsfähige Beträge in 4 Jahren = DM 126.000,-	
Steuervorteil bei 56 % Steuerbelastung	" 70.560,-
	DM 55.440,-

Vorteil bei Leasing DM 14.400,-

Zu diesem Vorteil kommt noch hinzu, daß gegenüber dem Barkauf Kapital frei wird, das anderweitig gewinnbringend eingesetzt werden kann. Wie hoch dieser Vorteil ist, hängt davon ab, welche Nettorendite ein Unternehmen auf das investierte Kapital erzielt. Es soll von einem Satz von 8 % ausgegangen werden:

Zinsvergleich

	Kapital	Leasing	Steuerersparnis 70.560 : 4 (durch Leasing)	Steuerersparnis 27.160 : 4 (durch Kauf)
1.Jahr	97.000,-	31.500,- +	17.640,- -	6.790,-
2.Jahr	76.350,-	31.500,- +	17.640,- -	6.790,-
3.Jahr	61.808,-	31.500,- +	17.640,- -	6.790,-
4.Jahr	46.784,-	31.500,- +	17.640,- -	6.790,-
		126.000,-		

	Zinsgew. Vorjahr	Bei Leasing freigest. Kapital	Zinsgewinn bei 8 % Rendite
1.Jahr	-	= 76.350,-	= 6.108,-
2.Jahr	+ 6.108,-	= 61.808,-	= 4.944,-
3.Jahr	+ 4.944,-	= 46.784,-	= 3.736,-
4.Jahr	+ 3.736,-	= 29.870,-	= 2.384,-
		Vorteil bei Leasing:	17.172,-

Abschließend kann festgehalten werden, daß das Leasing-Verfahren, auch wenn man nicht nur die jeweiligen Baraufwendungen betrachtet, sondern einen Steuer- und Zinsgewinn in die Vergleichsrechnung mit einbezieht, teurer ist als ein finanzierter Kauf.[29] Die Verteuerung dürfte hauptsächlich daraus herrühren, daß die LG ein zusätzliches Glied in der Finanzierungskette bilden, und daß sich dementsprechend die Kosten im Vergleich zu einem unmittelbar über eine Bank finanzierten Kauf um den Gewinnanteil und die Unkosten der LG erhöhen. Vernünftigerweise ist eine Verteuerung jedoch nur dann in Kauf zu nehmen, wenn die LG eine zusätzliche Leistung gewährt, die eine Verteuerung aus-

29) Zu dem gleichen Ergebnis führen die Vergleichsrechnungen des Instituts Finanzen und Steuern, S. 80 ff.

gleicht oder Dienstleistungen anbietet, die eine Bank nicht aufweisen kann und die einen Anreiz schaffen, daß ein Unternehmen sich nicht an eine Bank wendet, um Kredite zu erhalten, sondern stattdessen eine LG beauftragt.

IV. Funktion der "Leasing-Gesellschaften"

1. Herstellergebundene Gesellschaften

Wendet sich ein Unternehmer an eine LG, die als Tochtergesellschaft von einem bestimmten Hersteller wie VW, Ford, Henschel wirtschaftlich abhängig ist, so hat er die Gewähr, daß ihm bei der Auswahl des gewünschten Investitionsgutes für den von ihm vorgesehenen speziellen Einsatzzweck eine fachmännische Beratung zuteil wird. Diese Dienstleistungen, die ein Unternehmen, das an einem bestimmten Industriegut interessiert ist, bei einer Bank nicht erhält, kann für den Interessenten im Vergleich zur herkömmlichen Finanzierungsform ein Grund sein, eine LG aufzusuchen. Die Volkswagen-Leasing-Gesellschaft beispielsweise bildet in besonderen Kursen Fachkräfte aus, die, in betriebswirtschaftlichen und technischen Fragen geschult, in der Lage sind, den Kunden unter Berücksichtigung seiner betriebsindividuellen Situation zu beraten, und den für seinen Bedarfsfall günstigsten Vertragstyp auszuwählen. Dienstleistungs-Leasing-Verträge sehen die Gebrauchsüberlassung eines Fahrzeuges und die Übernahme vertraglich festgelegter Dienstleistungen durch die Gesellschaft vor; sie kommt für die laufende Betreuung des Fahrzeuges auf und nimmt außerdem Sicherungs- und Buchhaltungsaufgaben sowie steuerliche Interessen wahr. Auch andere Automobilfirmen, vornehmlich amerikanische Tochtergesellschaften, bieten neben Barkauf und Finanzierung Leasing-Verträge als dritten Vertriebsweg an und gewähren ihren

Kunden ähnliche Vergünstigungen.[30] Kundenberatung, Dienstleistungs- und Wartungsverträge sind jedoch nicht nur in den Angeboten herstellerorientierter Gesellschaften der Automobilindustrie zu finden, sondern haben sich auch in anderen Branchen durchgesetzt.

2. Unabhängige Gesellschaften

Eine zweite Gruppe bilden die unabhängigen, nicht an einen bestimmten Hersteller gebundenen Gesellschaften.[31] Sie richten sich ausschließlich an ihren Kunden aus und finanzieren jedwedes Investitionsgut. Ihnen kommt nicht anders, als dies auch für eine Bank zutrifft, eine reine Finanzierungsfunktion zu. Vergleichbar einem Kreditinstitut sind sie weder in der Lage, ein Unternehmen in technischer Hinsicht zu beraten, noch bieten sie Dienstleistungen an, die denen der herstellergebundenen Gesellschaften entsprechen. Die Zwischenschaltung einer unabhängigen, kundenorientierten Gesellschaft bringt daher im Vergleich zu einer unmittelbaren über eine Bank oder ein Kreditinstitut vollzogenen Finanzierung wirtschaftliche Nachteile, die sich in zusätzlichen Kosten und

30) Im Jahre 1967 führten die Ford-Werke AG das Kraftfahrzeug-Leasing bei ihrer deutschen Händlerorganisation ein. Ford betreibt sowohl das Finanzierungs- als auch das Dienstleistungs-Leasing, bei dem Reparaturdienst und Versicherungsprämien in die monatlichen Mietraten einkalkuliert sind. Die Laufzeiten der Verträge betragen etwa 2 bis 3 Jahre (vgl. Schmidt-Wegenast, in Sonderdruck aus Die Teilzahlungswirtschaft, Nr. 6 November 1967).

31) Zu den herstellerunabhängigen, kundenorientierten Gesellschaften zählen beispielsweise Deutsche Leasing GmbH Düsseldorf; Leasing Gesellschaft für Vermietungsprojekte mbH Mainz; Leasing Maschinen Mietekontor Hamburg; Miet-dienst GmbH Leasing und Handelsgesellschaft München; die Leasing-Gesellschaft für Vermietungsprojekte mbH Mainz betreibt neben dem Mobilien-Leasing auch das Immobilien-Leasing.

Gebühren niederschlagen und letztlich vom LN aufzubringen sind. Demnach nehmen unabhängige Gesellschaften nur die Funktion eines Finanzmaklers wahr und bieten dem LN alle mit derartigen Geschäften verbundenen Vor- und Nachteile.

3. "Produzenten-Leasing"

Unterbleibt die Zwischenschaltung einer LG und bietet ein Produzent oder Lieferant Leasing-Verträge an, die unmittelbar von einer Bank und ohne Einschaltung eines Dritten finanziert und abgeschlossen werden, so entfallen zusätzliche Unkosten, so daß solche L e a s i n g - V e r t r ä g e f i n a n z i e r t e n K a u f v e r t r ä g e n e b e n b ü r t i g und unter der Voraussetzung, daß die Finanzverwaltung der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung auch weiterhin die steuerrechtliche Anerkennung nicht versagt[33], sogar ü b e r l e g e n s i n d.

Gleiches gilt für den Bereich des Immobilien-Leasing, soweit es nicht von privaten Gesellschaften, sondern unmittelbar von Banken und Kreditinstituten oder aus kreditrechtlichen Erwägungen[34], von deren Tochtergesellschaften finanziert wird.

V. Allgemeine Geschäftsbedingungen der "Leasing"-Gesellschaften

1. Vertragsinhalt[35]

Am Zustandekommen eines Leasing-Vertrages sind

33) Hinweis auf S. 106 ff., 116
34) Hinweis auf S. 182 ff.
35) Die Untersuchung stützt sich auf die Geschäftsbedingungen folgender Gesellschaften:
1. Mietdienst GmbH Leasing- und Handelsgesellschaft, München;
2. Maschinen Miete GmbH, Frankfurt;
3. Leasing Maschinen-Mietekontor, Hamburg, oHG;
4. Deutsche Leasing GmbH, Düsseldorf;
5. Leasing; Gesellschaft für Vermietungsprojekte mbH, Mainz;

vier Personen, die LG und ihr Kunde, der Lieferant des Investitionsgutes und ein Finanzierungsinstitut, mit unterschiedlichen Interessen beteiligt. Abgeschlossen wird ein Leasing-Vertrag in aller Regel dadurch, daß der LN einen Formularvertrag[36] einer LG unterzeichnet. Hiermit unterwirft er sich allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ein fertiges Vertragswerk präsentieren. Nachteilig für den LN wirkt sich vor allem aus, daß er sich einem wohlausgefeilten Vertragsangebot gegenübersieht, in dem die Interessen seiner drei Vertragsgegner umfassend beachtet und aufeinander abgestimmt sind. Hingegen finden seine eigenen Interessen nur unvollkommen oder in Ausnahmefällen so gut wie keine Berücksichtigung.

Vergleicht man die allgemeinen Geschäftsbedingungen der verschiedenen Angebote, so kann man feststellen, daß sie in ihren Grundzügen weitgehend inhaltlich und oft sogar wörtlich übereinstimmen. In der Regel enthalten Formularverträge Bestimmungen über den Erwerb des Investitionsgutes und seine Nutzung durch den LN.

---

6. Henschel Finanz GmbH, Düsseldorf;
7. Leasing KG Gesellschaft für Mietfinanzierungen von Immobilien, Geräten und Maschinen mbH & Co., Heidelberg;
8. Maschinen Miete GmbH, Düsseldorf;
9. Mietanlagen Esslingen, Industrievertriebs GmbH;
10. Mietfinanz GmbH, Mühlheim;
11. Triumpf-Investex Gesellschaft für Investitionen, München AG;
12. VW Leasing GmbH, Wolfsburg;
13. Klöckner & Co. Baumaschinen, Duisburg.

36) Die Leasing-Gesellschaften bezeichnen die von ihnen angebotenen Verträge mit Rücksicht auf steuerrechtliche Konsequezen als Mietverträge. Beispiel: Deutsche Leasing GmbH Düsseldorf: "Zwischen der Deutschen Leasing GmbH, Industriemaschinenvermietung, ... nachfolgend Vermieter genannt, und dem Mieter wird folgender Mietvertrag geschlossen ...".

Über die Finanzierung des gesamten Vertrages geben die allgemeinen Geschäftsbedingungen nur beschränkt Auskunft und enthalten etwa folgende Formulierung: "Sämtliche Ansprüche aus diesem Vertrag werden von der LG an die ... zediert." Der Zessionar, zu dessen Gunsten die Abtretung erfolgt, ist die von der LG zur Gesamtfinanzierung eingeschaltete Bank, die gegen Vorausabtretung und Sicherungsübereignung der Ausrüstung die Kaufpreissumme an den Verkäufer auszahlt.

a) Erwerb

Sind fabrikneue Güter Gegenstand des Vertrages, und das ist meist bei Leasing-Verträgen, die in der Bundesrepublik abgeschlossen werden, der Fall, so erwirbt die LG das gewünschte Investitionsgut von dem betreffenden Hersteller oder Lieferanten. Im Außenverhältnis handelt sie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, ist jedoch im Innenverhältnis gehalten, den Interessen ihres Kunden, sowie dies bei "Treuhandverhältnissen" allgemein erwartet werden kann, gebührend zu berücksichtigen. In Ausführung des Kaufvertrages übereignet der Verkäufer das Leasing-Gut an die LG und räumt dem LN unmittelbaren Besitz ein. Für die Lieferung der Ausrüstung, die meist auf Gefahr des LN erfolgt, gelten die allgemeinen Lieferbedingungen des Verkäufers. Sämtliche Vertragsmuster, in die eingesehen werden konnte, stimmen auch darin überein, daß jegliche Eigenhaftung der LG für eine nicht ordnungsgemäße Lieferung des Verkäufers ausgeschlossen ist. Zum Ausgleich sehen die Formularverträge entweder eine Abtretung[37] aller Schadensersatzan-

37) Beispiel: Deutsche Leasing GmbH Düsseldorf: "Die Anlieferung und Montage der Ausrüstung an den angegebenen Standort erfolgen auf Gefahr des Mieters. Maßgebend sind die Lieferbedingungen, die mit dem Lieferanten vereinbart und dem Mieter bekannt sind. Der Vermieter haftet nicht für nicht rechtzeitige Lieferung durch den Lieferanten und hat, wenn der Lieferant nicht ordnungsgemäß erfüllt, oder eine positive Vertrags-

sprüche vor, die der LG aus nicht ordnungsgemäßer Lieferung oder sonst aus positiver Vertragsverletzung gegen seinen Verkäufer zustehen oder bevollmächtigen[38] den LN, die fremden Forderungen im eigenen Namen geltend zu machen.

b) Nutzung

Als Kern des Leasing-Rechtsverhältnisses und gleichzeitig auch als eigentliches Ziel des zusammengesetzten Vertrages ist das Nutzungsverhältnis zwischen dem LG und seinem Abnehmer anzusehen, während den übrigen Rechtsbeziehungen, die durch den Kauf des Investitionsgutes und die Finanzierung seiner Nutzungsmöglichkeit unter den Beteiligten geknüpft werden, nur eine Hilfsfunktion zukommt. Das Nutzungsverhältnis ist in allen Formularverträgen schuldrechtlich ausgestaltet[39] und sieht, anders als das angloamerikanische Recht, keinerlei dingliche Rechtsposition des LN vor. Seine Rechte erschöpfen sich in einem Anspruch auf vorübergehende Überlassung des Leasing-Gutes zum bestimmungsgemäßen Gebrauch, verbunden mit dem Recht und der Pflicht[40] zum unmittelbaren Besitz.

---

verletzung begangen hat, nur durch Abtretung seiner Ansprüche gegen den Lieferanten dem Mieter gegenüber einzustehen."

38) Beispiel: Leasing Maschinen Mietkontor Hamburg: "Der Vermieter bevollmächtigt und beauftragt den Mieter, alle Rechte aus Garantie, Service, Verzug und sonstige Ansprüche gegenüber dem Lieferanten termingemäß geltend zu machen."

39) Beispiel: Klöckner & Co. Baumaschinen, Duisburg: "Der Vermieter verpflichtet sich, dem Mieter die im Vertrag einzeln aufgeführten Gegenstände für die Dauer der vereinbarten Vertragszeit und zu den festgelegten Bedingungen zu vertragsgemäßem Gebrauch zu überlassen."

40) Beispiel: Klöckner & Co. Baumaschinen, Duisburg: "Der Mieter darf einem Dritten den Mietgegenstand weder weitervermieten oder sonstwie überlassen noch Rechte aus diesem Vertrag abtreten, oder Rechte irgendwelcher Art an dem Mietgegenstand einräumen. ..."

Ist eine bestimmungsgemäße Nutzung des Leasingobjektes nicht gewährleistet, oder gar völlig ausgeschlossen, weil die Sache fehlerhaft oder unbrauchbar geworden ist, so stehen dem LN keinerlei Ersatzansprüche gegen seinen unmittelbaren Vertragspartner zu. Übereinstimmend schließen sämtliche Formularverträge jede Haftung des LG für das Bestehen der Nutzungsmöglichkeit aus. Die überwiegende Anzahl aller Gesellschaften gewährt jedoch dem LN als Ausgleich für diesen Rechtsverlust diejenigen Ansprüche, die dem LG aus dem Kaufvertrag gegen den Hersteller oder Lieferanten zustehen, und zwar entweder im Wege der Abtretung[41] oder aber dadurch, daß der LN bevollmächtigt und beauftragt[42] wird, alle dem LG zustehenden Rechte aus Gewährleistungsansprüchen, Garantien, Service, positiver Vertragsverletzung, Verzug usw. gegenüber dem Lieferanten fristgerecht und auf eigene Kosten geltend zu machen. Einige LG behalten sich daneben das Recht vor, alle aus dem Kaufvertrag erwachsenden Ansprüche im Interesse und für Rechnung ihres

---

41) Beispiel: Maschinen Miete GmbH, Frankfurt: "Die Gewährleistung des Vermieters für Sach- und Rechtsmängel (z.B. Patent- oder Schutzrechte Dritter) der Mietsache gegenüber dem Mieter beschränkt sich darauf, daß der Vermieter an den Mieter seine Ansprüche, soweit ihm solche gegen die Lieferfirma, deren Vorlieferanten, den Frachtführer oder Spediteur zustehen, abtritt. Lieferungs- und Gewährleistungsbedingungen siehe Anlage."

42) Beispiel: Leasing Maschinen Mietkontor, Hamburg: "Der Vermieter bevollmächtigt und beauftragt den Mieter, alle Rechte aus Garantie, Service, Verzug und sonstige Ansprüche gegenüber dem Lieferanten termingemäß geltend zu machen. Ansprüche wegen Verzug oder wegen sonstiger Vertragsverletzungen seitens des Lieferanten entbinden den Mieter nicht von den Verpflichtungen dieses Mietvertrages. Der Mieter wird die Mietsache sorgfältig gebrauchen und beim Gebrauch alle Vorschriften, die mit dem Besitz, dem Gebrauch und der Erhaltung der Mietsachen verbunden sind, befolgen. Er wird insbesondere alle Gebrauchs-, Wartungs- und Pflegevorschriften des Lieferanten sorgfältig beachten."

Kunden auch selbst geltend zu machen.[43] In Ausnahmefällen sehen Formularverträge von einer Abtretung möglicher Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüche oder einer Vollmachtserteilung an den LN ab, obwohl sie gleichzeitig jede eigene Haftung des LG für eine ordnungsgemäße Nutzung ausschließen.[44]

Eine weitere Absicherung ihrer Rechtsposition erreichen die LG, indem sie Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte des LN für etwa auftretende Störungen der Nutzungsmöglichkeit, die durch Fehler des Leasing-Objektes oder durch Vertragsverletzung auftreten können, ausschließen.[45]

Regelmäßig enthalten allgemeine Geschäftsbedingungen eine Bestimmung über die Gefahrtragung. Die Gefahr eines zufälligen, von keinem der Vertragspartner zu vertretenden Schadens, darin stimmen sämtliche Formularverträge überein, hat stets der LN zu tragen.[46] Einige LG verpflichten den LN, die Ausrüstung gegen Schäden zu versichern oder schlie-

---

43) So z.B. die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Leasing GmbH Düsseldorf.

44) So die Mietdienst GmbH, Leasing- und Handels gesellschaft München: "Nach Lieferung des Mietgegenstandes gilt derselbe, soweit nicht innerhalb drei Tagen schriftliche Mängelrüge erfolgt, als übernommen und in jeder Hinsicht genehmigt."

45) Beispiel: Deutsche Leasing GmbH Düsseldorf: "Der Mieter kann gegen die Forderung des Vermieters nur mit Einverständnis des Vermieters oder mit rechtskräftig festgestellten oder vom Vermieter anerkannten Forderungen aufrechnen. Der Vermieter kann mit seinen eigenen Forderungen gegen jede Forderung des Mieters gegen den Vermieter oder Dritte aufrechnen."

46) Beispiel: Leasing Gesellschaft für Vermietungsprojekte mbH Mainz: "Die Gefahr für Untergang , Verlust oder Beschädigung des Mietgegenstandes bringen grundsätzlich die Verpflichtung des Mieters aus diesem Vertrag nicht zum erlöschen. Bei Beschädigungen gleich welcher Art und an welchen Teilen des Mietgegenstandes hat der Mieter auf seine Kosten den Mietgegenstand entweder durch Reparaturen wieder in einen funktionsfähigen, guten Zustand zu versetzen oder ihn durch einen anderen gleicher Art und Marke und vom gleichen oder späteren Modell und in gutem

ßen selbst eine Teil- oder Vollkaskoversicherung ab und belasten den LN mit den Versicherungskosten. Die sich aus den Versicherungsverträgen ergebenden Ansprüche des LN werden im voraus an die LG abgetreten.[47)]

Wird das Vertragsverhältnis durch das Verhalten des LN gestört, so sehen die allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Anzahl unterschiedlicher Gegen-

---

funktionsfähigem Zustand zu ersetzen. Letzteres gilt auch, falls das Gerät verloren, gestohlen, zerstört oder nicht reparierbar ist."

47) Beispiel: Deutsche Leasing GmbH Düsseldorf: "Der Mieter hat auf eigene Kosten zugunsten des Vermieters für die Dauer des Mietvertrages Versicherungen gegen alle versicherbaren Gefahren des Verlustes, Diebstahls, der Beschädigung und Vernichtung - aus welchem Grund sie auch immer eintreten - zum Neuwert der oben genannten Ausrüstung einschließlich aller Nebenkosten abzuschließen. Ferner hat der Mieter die Ausrüstung in seine übliche Betriebshaftpflichtversicherung einzuschließen. Dem Vermieter ist innerhalb von 10 Tagen nach Anlieferung schriftlich der Nachweis über die abgeschlossenen Versicherungen zu erbringen. Innerhalb von 30 Tagen nach Anlieferung der Ausrüstung sind dann die Sicherungsscheine der Versicherungsgesellschaften dem Vermieter zu überlassen. Sollte der Mieter den Nachweis der Versicherungsdeckung innerhalb von 10 Tagen nach Anlieferung der Ausrüstung nicht erbracht haben, so wird der Vermieter als Eigentümer der Ausrüstung eine Versicherungsgesellschaft beauftragen, die genannten Gefahren zu Lasten des Mieters zu bestmöglichen Bedingungen zu versichern. Der Mieter tritt hiermit an den Vermieter alle seine Rechte aus den Sachversicherungsverträgen, die auf Grund dieses Mietvertrages abzuschließen sind, unwiderruflich ab. Soweit die Versicherungsbedingungen der Versicherungsgesellschaften nichts anderes bindend vorschreiben, werden die Versicherungsentschädigungen nach Wahl des Vermieters wie folgt verwendet: a) für die Ersetzung, Wiederherstellung oder Reparatur und/oder b) als Gutschrift für die Zahlungsverpflichtungen des Mieters auf Grund dieses Mietvertrages."

maßnahmen vor, die zum Teil als Sicherungsmaßnahmen zugunsten der übrigen Beteiligten gerechtfertigt erscheinen, zum Teil aber auch den Charakter unberechtigter Strafmaßnahmen aufweisen. Kommt der LN mit einer Rate oder einer anderen vereinbarten Zahlung länger als acht Tage[48] in Rückstand, oder erfüllt er eine oder mehrere der in den Geschäftsbedingungen enthaltenen Verpflichtungen nicht, so stehen der LG ohne Rücksicht auf ein Verschulden ihres Vertragspartners folgende Rechte zur Verfügung: Sie kann alle noch nicht fälligen Raten sofort zahlbar stellen, den Vertrag fristlos kündigen und das Leasing-Gut an sich nehmen[49], oder, wie es in dem Formularvertrag der Deutschen Leasing GmbH Düsseldorf heißt, "irgend ein anderes Rechtsmittel anwenden, das geeignet erscheint, die Forderungen aus dem Vertragsverhältnis zu befriedigen." Sicherungsmaßnahmen sehen die Formularverträge auch für den Fall vor, daß der LN in Vermögensverfall gerät. Stellt der LN seine Zahlungen ein oder ist ein Antrag auf Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens gestellt oder werden wiederholt Wechselproteste festgestellt, oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durchgeführt, so sind die restlichen Raten sofort fällig und die LG ist berechtigt, den Gegenstand zur Sicherung ihrer Ansprüche an sich zu nehmen.[50] Dar-

48) Einige Gesellschaften sehen Fristen bis zu vier Wochen vor.

49) Beispiel: Mietdienst GmbH Leasing und Handelsgesellschaft, München: "Kommt der Mieter mit zwei aufeinander folgenden Mietraten ganz oder teilweise in Verzug, so wird die gesamte, bis zum Ablauf des Vertrages noch offene Restsumme, zur sofortigen Zahlung fällig. Der Vermieter ist in diesem Falle berechtigt, den Mietgegenstand zur Sicherung der Gesamtmietforderung bis zur fristlosen Bezahlung zurückzubehalten."

50) Beispiel: Mietdienst GmbH Leasing und Handelsgesellschaft, München: "Der Vermieter kann das Mietverhältnis fristlos kündigen, wenn die Mietsache gepfändet wird, eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Mieters eintritt, eine Pfändung erfolgt, ein Offenbarungsverfahren eingeleitet wird, der

über hinaus ist in den meisten Formularverträgen eine Klausel enthalten, welche die LG vor einem möglichen Eigentumsverlust schützen soll und insbesondere im Konkurs oder einer Zwangsvollstrekkung des LN Bedeutung erlangt. Werden Leasing-Güter mit einem Grundstück oder einem Gebäude verbunden, so ist bestimmt, daß dies nur zu einem vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 BGB geschehe, mit der Absicht der Wiedertrennung am Ende der Vertragszeit. Ist der LN nicht selbst Grundeigentümer, so ist er verpflichtet, darauf hinzuweisen, daß eine Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt.[51)]

Nach Ablauf der Vertragszeit stehen dem LN in der Regel mehrere Möglichkeiten offen. Er hat entweder auf seine Kosten und Gefahr das Leasing-Gut an eine ihm genannte Anschrift transportversichert zurückzuliefern, oder er macht von einer ihm in den meisten Formularverträgen angebotenen Verlängerungsoption Gebrauch oder übt stattdessen sein Ankaufsrecht aus.[52)] Im letzteren Fall muß er allerdings befürchten, daß die Finanzbehörde den gesamten Leasing-Vertrag rückwirkend als Kaufvertrag wertet.

Mieter um ein Moratorium nachsucht, ein gerichtliches oder außergerichtliches Vergleichsverfahren anstrebt oder das Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet wird. Dasselbe gilt bei Personalgesellschaften, wenn diese Umstände hinsichtlich der Geschäftsführer oder der persönlich haftenden Gesellschafter eintreten."

51) Beispiel: Leasing Maschinen Mietkontor, Hamburg: "Werden die Mietsachen mit einem Grundstück oder mit einem Gebäude verbunden, so geschieht dies zu einem vorübergehenden Zweck i.S. des § 95 BGB mit der Absicht der Wiedertrennung nach der Beendigung des Mietvertrages. Ist der Mieter nicht selbst Grundeigentümer, so hat er klarzustellen, daß die Verbindung oder Einfügung nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt."

52) Verlängerungsoption und Ankaufsrecht werden von kundenorientierten Gesellschaften angeboten (Beispiel, Leasing Gesellschaft für Vermietungsprojekte Mainz). Herstellerorientierte Gesellschaften (Beispiel, Automobil-Leasing-Gesellschaften sehen ein zeitlich beschränktes Nutzungsver-

c) Finanzierung

Fast ausnahmslos wird die Finanzierung der Leasing-Verträge von Banken übernommen, die häufig sogar an den LG beteiligt sind. Da die LG die Forderungen gegen ihre Kunden an die Bank oder ein Kreditinstitut im voraus abtreten müssen, leisten die LN ihre Ratenzahlungen direkt an das Finanzierungsinstitut. Anschließend vergütet die Bank der LG den Unterschied zwischen dem eingezahlten Leasing-Betrag und der Diskontierungsrate.[53)]

In vielen Fällen haben die Banken den Gesellschaften Kreditlinien eingeräumt, innerhalb deren sie für ihre Kunden Kredite laufend in Anspruch nehmen können. Die Gesellschaften sind allerdings gehalten, bei der Auswahl ihrer Kunden eine bankmäßige Prüfung der Kreditwürdigkeit vorzunehmen. Eine solche Vorsichtsmaßnahme sichert nicht nur die Interessen der Bank, sondern dient außerdem auch der LG, da sie während des gesamten Geschäftes gegenüber der Bank im Obligo bleibt.[54)]

2. Rechtsnatur der Leasing-Verträge

Das Wissen um die Rechtsnatur des Leasing-Vertrages ist nicht nur von theoretischem Interesse. Für die Frage nach den Inhaltsgrenzen allgemeiner Geschäftsbedingungen der Gesellschaften, dem Ausgleich von Leistungsstörungen, und der Rechtsbeziehungen der vier Vertragsbeteiligten zueinander, ist der Schutzgehalt und damit die Rechtsnatur des Vertrages bedeutsam. Auch das Steuerrecht knüpft seine Rechtsfolgen in erster Linie an den zivil-

---

hältnis mit anschließender Veräußerung an einen Dritten vor.

53) Geiler, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1963, S. 108

54) Ringleb, Der Volkswirt 1964, S. 2502

rechtlichen Charakter des Vertrages und läßt eine abweichende steuerliche Bewertung nur dann zu, wenn andernfalls eine unangemessene Besteuerung erfolgen würde, und eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Ergebnissen führt, die einer Besteuerung entsprechend der von den Parteien gewählten zivilrechtlichen Gestaltung widerspricht.

a) Erwerb

Vor Abschluß des Leasing-Vertrages verhandelt die LG mit ihren Kunden naturgemäß über den Gegenstand des Kauf- und damit des Leasing-Vertrages, die Lieferbedingungen und den Preis. Das Eigeninteresse der Gesellschaft an der tatsächlichen Beschaffenheit des Kaufobjektes, den Lieferbedingungen und der Höhe des Kaufpreises und damit an der gesamten Ausgestaltung des Kaufvertrages ist aus mehreren Gründen beschränkt. Die LG, der im ganzen gesehen die Rolle eines Finanziers zukommt, unterhält kein eigenes Lager, sondern kauft unmittelbar, das gilt selbst für die herstellerorientierten Gesellschaften, von Herstellern und Lieferanten[55]), deren Lieferbedingungen sie zum Bestandteil ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen erklärt. Auch der Kaufpreis interessiert die LG nur mittelbar. Da sie ihren Verträgen eine Kalkulation zugrunde legt, die eine völlige Amortisation der Ausrüstung vorsieht, gilt ihre Aufmerksamkeit in erster Linie der Zahlungsfähigkeit ihrer Kunden. Gleichwohl ist die LG, die im Außenverhältnis als alleinige Käuferin in Erscheinung tritt, im Innenverhältnis gehalten, den Vorstellungen und Wünschen ihrer Kunden bei Abschluß des Kaufvertrages Rechnung zu tragen. Die Rechtsnatur dieser Bindung, die entweder in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden ver-

55) Abgesehen von dem speziellen Fall der sogenannten Herstellervermietung oder des Produzenten-Leasing.

traglichen Vereinbarung ihre Rechtfertigung findet, ist für die Bestimmung von Inhalt und Umfang eventueller Schadensersatzansprüche, die infolge eines Fehlverhaltens der LG bei Abschluß des Kaufvertrages entstehen, bedeutsam und verdient, näher erörtert zu werden.

Als Vertragsform bietet sich das Institut des Geschäftsbesorgungsvertrages[56] an. Die hier allein in Frage kommende entgeltliche Geschäftsbesorgung könnte als Dienst- oder Werkvertrag im Sinne des § 675 BGB anzusprechen sein. Einer solchen Einordnung steht jedoch entgegen, daß die nach § 675 BGB eintretenden Rechtsfolgen zu Ergebnissen führen, die den Interessen der Vertragsparteien zuwiderlaufen. So müßte die LG alles, was sie aus der Geschäftsbesorgung erhalten hat, an den LN als Geschäftsherrn herausgeben, § 667 BGB. Hierunter fiele auch das von ihm erworbene Eigentum an dem Leasing-Objekt, das untrennbar mit der Geschäftsbesorgung verknüpft ist. Gerade das Eigentum bleibt jedoch nach der vertraglichen Absprache der LG zur Sicherung ihrer Ansprüche vorbehalten. Ihrem Kunden, dem LN, räumt sie lediglich ein schuldrechtlich gesichertes Nutzungsrecht ein, und zwar nur, solange dieser bereit ist, seinen vertraglichen Verpflichtungen, wie pünktliche Zahlung der Raten, pflegliche Behandlung der Ausrüstung usw. nachzukommen. Dieses Nutzungsrecht des LN beruht indessen nicht auf der Geschäftsbesorgung, sondern hat seinen eigenen Rechtsgrund je nachdem, ob das Nutzungsverhältnis als Miet-, Kauf- oder ähnliches Rechtsverhältnis einzuordnen sein wird, diesem Ver-

---

56) Koch und Haag, BB 1968, S. 93 ff. (95) nehmen die im Innenverhältnis bestehende Treuepflicht der LG, die Übernahme des Kaufvertragsabschlusses und der Kapitalbeschaffung zum Anlaß, um das gesamte Leasing-Vertragsverhältnis als Geschäftsbesorgungsvertrag in der Form eines Dienstvertrages, § 675 BGB, einzustufen.

tragstyp zu entnehmen ist.

Die im Innenverhältnis zum Ausdruck kommende Treuepflicht der LG legt es nahe, die schuldrechtliche Bindung als Treuhandvereinbarung einzuordnen. Als Treuhand pflegt man allgemein diejenigen Rechtsgeschäfte zu umschreiben, bei denen dem Treuhänder Rechte eingeräumt werden, die er im eigenen Namen, aber zumindest auch im Interesse des Treugebers ausüben soll, und bei deren Ausübung er mit Rücksicht auf diesen Zweck in bestimmter Weise gebunden ist.[57] Streitig ist, ob es zum Wesen des Treuhandgeschäftes gehört, daß das Treugut dem Vermögen des Treugebers entstammt[58], oder ob es für die Gründung eines Treuhandverhältnisses genügt, wenn der Treuhänder auf Weisung und für Rechnung des Treugebers den Vermögensgegenstand erst von einem Dritten erwirbt.[59] Selbst wenn man unter Verzicht auf das Unmittelbarkeitsprinzip der letzteren Ansicht folgte und sich damit begnügte, daß die LG das Treugut, das allein der Kaufgegenstand sein könnte, von einem Dritten, der Liefergesellschaft, erwirbt, würde dies nicht ausreichen, um ein Treuhandverhältnis im oben genannten Sinne zu rechtfertigen. Denn die hier in Frage kommende Treuepflicht der LG bezieht sich nicht auf die Verwaltung eines erworbenen Treuegutes[60], sondern

---

57) Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Rdn. 60; Liebich, S. 32 ff.; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 148 II

58) So die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 84, S. 214 ff. (217). Diese Begriffsbestimmung ist bis in die neueste Zeit hinein immer wieder von der Rechtsprechung bestätigt worden, so z.B. vom Bundesgerichtshof in BB 1956, S. 890 und WPM 1965, S. 173.

59) So insbes. Siebert, S. 109 u. S. 189 ff. und Liebich, S. 34, unter Berufung auf die Vertragsfreiheit, die es zulasse, in das obligatorische pactum fiduciae auch Treugut einzubeziehen, das durch Ersterwerb oder Surrogation Eigentum des Treuhänders geworden ist.

60) Insofern käme allenfalls der LN, der den Kaufgegenstand verwaltet und nutzt, als Treuhänder in Frage.

allein auf den Erwerb einer noch zu beschaffenden Ausrüstung. Die hierbei von der LG zu achtenden Treuepflichten könnten daher nicht als Treuhand im eigentlichen Sinne, sondern nur als vertragliche Nebenpflichten angesprochen werden, die die LG im Innenverhältnis verpflichten, die Interessen ihres Kunden bei Abschluß des Kaufvertrages zu wahren.

b) Nutzung

Als Kern des Leasing-Rechtsverhältnisses und gleichzeitig auch als eigentliches Ziel des zusammengesetzten Vertrages ist das Nutzungsverhältnis zwischen der LG und ihrem Abnehmer anzusehen, während den übrigen Rechtsbeziehungen nur eine Hilfsfunktion zukommt.

aa) "Mietkauf" und "Kraftfahrzeug-Leasing"

Die rechtliche Zuordnung der unter dem Namen "Mietkauf" bekannt gewordenen Vertragstypen ist jedenfalls für das Zivilrecht, im Steuerrecht mögen andere Maßstäbe gelten, eindeutig und unproblematisch; sie sind aus Miete und Kauf zusammengesetzte Verträge, deren Besonderheit allein darin zu sehen ist, daß die Parteien die bereits entrichteten Mietzinsen auf die Kaufpreisforderung anrechnen, falls der Mieter die Mietsache anschließend erwirbt.

Auch die in der Automobilbranche angebotenen Verträge lassen sich unschwer rechtlich einordnen; sie sind ebenfalls zusammengesetzte Vertragsformen, die im Anschluß an ein Mietverhältnis zwischen der LG und ihrem Vertragspartner einen Verkauf an einen Dritten auf Rechnung des LN vorsehen.

bb) "Finanzierungs-Leasing"

Die Rechtsnatur des Finanzierungs-Leasing-Vertrags ist streitig. Überwiegender Ansicht nach erfüllt er die Tatbestandsvoraussetzungen der Miete.[61] Andere sehen ihn als atypisches Mietverhältnis[62] oder als einen aus Kauf- und Mietelementen gemischten Vertrag[63] an. Vertreten wird auch die Auffassung, daß die Grenzen zum Kauf bereits überschritten sind[64], oder daß das Rechtsverhältnis als Geschäftsbesorgungsvertrag einzuordnen ist[65]. Auch über die dinglichen Auswirkungen des Vertrages werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Reimer Schmidt spricht dem Vertrag dingliche Rechtswirkungen zu und will ihn als horizontale Aufspaltung des Eigentums verstanden wissen.[66] Lwowski weist auf Parallelen zum Nießbrauch hin und sieht den Vertrag als kaufähnliches Rechtsverhältnis an.[67] Der Erlaßentwurf des Bundesministers der Finanzen ordnet das Vertragsverhältnis für das Steuerrecht unter gewissen Voraussetzungen als Kauf ein.[68]

a1) Verhältnis zur Pacht

Im Rahmen des Pachtvertrages gewährt der Verpächter dem Pächter nicht nur den Gebrauch eines Gegenstandes, sondern auch dessen Fruchtgenuß, sofern die Früchte bei ordnungsgemäßer Wirtschaft als Ertrag des verpachteten Gegenstandes anzusehen sind, § 581 BGB. Die Gegenstände des Pachtvertrages müs-

---

61) Book, bei Hagenmüller, S. 194; Schönnenbeck, S. 3; Flohr, DB 1963, S. 774,2; Institut Finanzen und Steuern, S. 16; Havermann, S. 50 ff. 58)

62) Krause, S. 68 ff.

63) Binder, S. 32 ff. (37); Ploetz, S. 95/96

64) Felix, BB 1968, S. 96 ff.

65) Koch und Haag, BB 1968, S. 93 ff.

66) Reimer Schmidt, AcP 166,9

67) Lwowski, S. 90 ff. (92)

68) Hinweis auf S. 114

sen daher Früchte tragen, sei es unmittelbar oder, wenn es sich um unfruchtbare Gegenstände handelt, mittelbar, etwa durch Vermietung.[69] Finanzierungs-Leasing-Verträge werden über industrielle Ausrüstungsgüter abgeschlossen, die zwar im Zusammenspiel mit weiteren Betriebsmitteln im Unternehmen des LN Erzeugnisse hervorbringen oder sonstige Erfolge erzielen, ihrer Natur nach jedoch nicht dazu bestimmt sind, einem Betrieb unmittelbar als Einnahmequelle zu dienen und daher in der Regel auch keine unmittelbaren Früchte abwerfen.[70] Da der Leasing-Vertrag eine Untervermietung verbietet und dem LN jegliche Besitzüberlassung an einen Dritten versagt, scheidet auch die theoretische Möglichkeit einer mittelbaren Fruchtziehung des LN aus.[71] Auch die zweite Grundform des Finanzierungs-Leasing, die im Gegensatz zum Investitionsgüter-Leasing keine Wirtschaftsgüter umfaßt, die in einen Produktionsprozeß eingegliedert werden, sondern sich an Privatpersonen wendet und als Konsumgüter-Leasing bezeichnet wird, kann schon nach Art ihrer Vertragsobjekte nicht als Pachtverhältnis angesehen werden.

b1) Verhältnis zur Miete

Die überwiegend vertretene Ansicht, daß der Finanzierungs-Leasing-Vertrag als Miete, § 535 BGB, einzuordnen ist, trifft zu, wenn die Vereinbarung zwischen LG und LN eine nur zeitweilige Gebrauchsüberlassung eines Gegenstandes zum Inhalt hat, wobei die Zuordnung des Gegenstandes zum Vermögen des LN als Eigentümer und Rechtsinhaber unverändert bleibt.[72] Geht man davon aus, daß Finanzierungs-

---

69) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 137 I 1; Palandt-Danckelmann, § 99 Anm. 2 b; RG 105, 409; 138, 72

70) Krause, S. 80/81 und Binder, S. 38

71) Weber, S. 81

72) Vgl. zum Wesensinhalt der Miete Larenz, Bd.II, § 44 I

Leasing-Verträge abgeschlossen werden, um dem LN während der Vertragsdauer den vollen Gebrauchswert eines Investitionsgutes zu verschaffen und stellt außerdem in Rechnung, daß der Nutzungswert des Leasing-Gutes während der im Regelfall 3 bis 6 Jahre betragenden Laufzeit[73] der Verträge erschöpft ist, so erscheint es zweifelhaft, ob die formale Betrachtungsweise der herrschenden Lehre, die darauf abstellt, daß Finanzierungs-Leasing-Verträge wie die Miete eine zeitweilige Gebrauchsüberlassung mit anschließender Rückgabepflicht vorsehen, auch der Tatsache gerecht wird, daß der vorübergehende Gebrauch einen völligen Verbrauch der Sachsubstanz und damit des Gebrauchswertes umfaßt.

Zu den essentiellen Tatbestandsmerkmalen des Mietvertrages zählt eine zeitliche Beschränkung der Gebrauchsgewährung. Diese Schranke ist der Definition des § 535 BGB zu entnehmen, der allgemeiner Ansicht nach den Leistungsinhalt der Miete umschreibt.[74] Die Anfnahme der Mietzeit in den Tatbestand des § 535 BGB ist historisch zu erklären:[75] Eine zeitliche Beschränkung des Mietverhältnisses sollte Gewähr dafür bieten, daß der obligatorische Charakter des Vertrages in jedem Falle erhalten blieb. Mietverträge auf unbegrenzte Dauer, mit voller wirtschaftlicher Nutzung des Gegenstandes, wie sie vor Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches in Deutschland teilweise üblich waren, ließen nämlich Zweifel daran aufkommen, ob die Vereinbarung nicht dahin auszulegen war, daß die Vertragspartner statt eines obligatorischen Mietverhältnisses ein dingliches Nutzungsrecht in der Form der Erbmiete oder Erbpacht begründet hatten.[76] Dieser Unsicherheit

---

73) Vgl. Institut Finanzen und Steuern, S. 16; Binder, S. 38

74) Staudinger-Kiefersauer, § 535 Rdn. 88; Motive II, S. 370; Larenz, Bd. II, § 44 S. 128

75) Vgl. Mittelstein, § 4 S. 11

76) Nach Staudinger-Kiefersauer, § 535 Rdn. 88, ist ein auf Dauernutzung angelegter Vertrag entweder als Kauf oder als Begründung eines dinglichen Rechtszustandes einzuordnen.

zu begegnen, stattete das BGB die Miete als zeitlich beschränktes, obligatorisches Vertragsverhältnis aus und ging sogar so weit, daß es einen für längere Zeit als 30 Jahre geschlossenen Mietvertrag für kündbar erklärt, § 567 BGB, während auf unbestimmte Zeit geschlossenen Verträgen durch Kündigung mit kurzer Frist ein Ende bereitet werden kann, § 564 Abs. 2 BGB.

Die Ausgestaltung der Miete als ein zeitlich begrenztes, nicht auf Dauernutzung angelegtes Rechtsverhältnis wirkt sich dahin aus, daß dem Vermieter die Substanz der Mietsache in aller Regel erhalten bleibt.[77] Deshalb wird man sagen dürfen, daß sich der Mietvertrag, der seinem Charakter nach zu den Gebrauchsüberlassungsverträgen zählt, von den Veräußerungsverträgen dadurch abgrenzt, daß dem Vermieter die Substanz der Mietsache grundsätzlich erhalten bleibt, während die Veräußerungsverträge insbesondere der Kauf, darauf abzielen, den gesamten wirtschaftlichen Wert einer Sache der Substanz nach zu übertragen und Eigentum zu verschaffen. Vergleicht man nun, zur Ausgangsfrage zurückkehrend, die Interessensituation der Miete und des sogenannten Finanzierungs-Leasing, so muß man eingestehen, daß Finanzierungs-Leasing-Verträge gerade nicht den Erhalt der Sachsbustanz zum Inhalt haben, sondern darauf aus sind, den vollen wirtschaftlichen Wert eines Investitionsgutes zu übertragen, um damit eine Substanzausbeute zu ermöglichen. Ein bürgerlich-rechtliches Mietverhältnis liegt daher nicht vor.

---

77) Daß der Mietvertrag seinem Wesen nach auf den Erhalt der Sachsubstanz ausgerichtet ist, hat Suppes in einer Untersuchung über die Abgrenzung des sogenannten Mietkaufvertrages herausgestellt. (Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1907, S. 879 ff. (887)). Ihm folgt Krause, S. 73. Vgl. auch Binder, der ebenfalls auf den Substanzerhalt der Mietsache abstellt, S. 32, 4, a.

c1) Verhältnis zum Kauf

Die Eigenart des Finanzierungs-Leasing, eine völlige Amortisation eines Industriegutes zu gewähren, verleitet, auf der Suche nach der Rechtsantur des Nutzungsverhältnisses die Gebrauchsüberlassungsverträge außer acht zu lassen und stattdessen die Veräußerungsverträge und damit den Kauf ins Auge zu fassen. Ploetz[78] und Rittershausen[79] sind der Ansicht, daß die Grenze zwischen Abzahlungskauf[80] und Finanzierungs-Leasing kaum noch zu erkennen ist. Im Hinblick auf die Auswahl der Ausrüstung und ihres Herstellers sowie der Lieferbedingungen und der Sachmängelgewährleistung habe der LN eine Käuferstellung. Es beruhe auf der in dem Dreiecksverhältnis Verkäufer - LN - LG zum Ausdruck kommenden Arbeitsteilung, daß der LN eine Käuferstellung habe, ohne selbst Käufer zu sein, und daß er diese Stellung gegenüber dem Verkäufer innehabe, mit dem er nicht in Vertragsbeziehungen stehe.

In diese Richtung gehen auch die Überlegungen Lwowskis[81], der das Finanzierungs-Leasing als eine "Art des Kaufs" definiert und den LN weitgehend einem Käufer gleichstellt, der eine Sache zu Eigentum erwirbt.

Es ist nicht zu bestreiten, daß Finanzierungs-Leasing-Geschäfte und Abzahlungskaufverträge Parallelen aufweisen, ist doch die Leasing-Finanzierung ihrer Konzeption nach darauf aus, als Alternative zum Kauf eine volle wirtschaftliche Wertschöpfung zu gestatten. Übergabe und Abnahme der

78) Ploetz, S. 95

79) Rittershausen, S. 268

80) Holzer und Schönfeld, Die Wirtschaftsprüfung, 1963, S. 253 ff. (257), deuten das Finanzierungs-Leasing in ihrer Untersuchung über die finanzwirtschaftliche Bedeutung und bilanzmäßige Behandlung von Miet- und Pachtverträgen in den USA als Sonderform eines Ratenkaufvertrages.

81) Lwowski, S. 97

Ausrüstung sowie die Erstattung des Entgelts sind Elemente, die das Finanzierungs-Leasing mit dem Kauf gemein hat. Doch reichen diese Gemeinsamkeiten nicht aus, das Finanzierungs-Leasing als Kauf oder kaufähnliches Rechtsverhältnis einzuordnen; denn eine Übereignung des Gegenstandes findet im Gegensatz zum Abzahlungskauf, der auf eine nachfolgende Eigentumsübertragung abzielt, niemals statt, so daß dem LN als Eigentumsersatz während der gesamten Vertragszeit nur ein schuldrechtlich gesichertes Nutzungsrecht verbleibt. Im Vergleich zum Abzahlungskäufer ist der LN dadurch rechtlich und wirtschaftlich benachteiligt. Der Abzahlungskäufer kann über sein Anwartschaftsrecht verfügen, es belasten oder übertragen und ist nach Ablauf der Vertragszeit rechtlich und wirtschaftlich frei. Der LN erlangt keine dingliche Rechtsposition; er ist gleichermaßen wie ein Mieter, Pächter oder sonst Gebrauchsberechtigter dinglich völlig ungesichert. Den fehlenden Eigentumserwerb nehmen Krause[82] und Binder[83] im Ergebnis zu Recht denn auch zum Anlaß, den Leasing-Vertrag vom Abzahlungskauf abzugrenzen. Dem Eigentumserfordernis des Kaufrechts ist nicht dadurch Genüge getan, daß dem Erwerber ein rechtlich und wirtschaftlich geringwertigeres, nur schuldrechtlich gesichertes Dauernutzungsrecht zuteil wird. Mit der Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache soll der Käufer vielmehr jene Rechtsstellung erhalten, die dem im Bürgerlichen Gesetzbuch allgemein aufgestellten Eigentumsbegriff entspricht.[84]

---

82) Krause, S. 79

83) Binder, S. 28

84) Staudinger-Ostler, § 433 Rdn. 101, b. Inhalt und Wesen des Eigentums werden in § 903 BGB verbindlich dahin definiert, daß der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Deshalb läßt sich das Eigentum, wie die Motive formulieren (vgl. Mugdan, Materialien Bd. III, S. 145), "auch nicht so teilen, daß dem einen und dem anderen

Wollte man die Übertragung eines nur schuldrechtlich gesicherten Dauernutzungsrechtes als Kauf oder kaufähnliches Rechtsverhältnis einordnen, so würde damit einem wirtschaftlichen, am Nutzungswert einer Sache ausgerichteten Eigentumsbegriff im Kaufrecht Eingang verschafft.[85] Diese unerfreuliche Konsequenz würde sich nicht nur auf das Kaufrecht erstrecken, sondern auch die Gebrauchsüberlassungsverträge wie Miete, Pacht und Leihe in Mitleidenschaft ziehen. Eine klare Grenzziehung zwischen Kauf und den Gebrauchsüberlassungsverträgen andererseits wäre nicht mehr gewährleistet, da sie nur an wirtschaftlichen Gesichtspunkten, nicht aber am Eigentumsbegriff orientiert wäre.[86] Von einer extensiven Interpretation des Kaufrechtes und damit einer Ausdehnung auf schuldrechtliche Dauernutzungsverträge ist daher abzusehen.

d1) Vertrag zwischen Miete und Kauf

Binder[87] kennzeichnet den Finanzierungs-Leasing-Vertrag, der keinem der vom BGB vorgegebenen Vertragstypen entspricht, als Vertrag eigenen Charakters, in dem sich Befugnisse und Verpflichtungen aus zwei Vertragsarten, dem Kauf und der Miete,

---

eine Reihe bestimmter im Eigentum liegender Befugnisse zugewiesen werden und dem beiderseitigen Recht der Charakter des Eigentums zukommt." Das Recht des LN könnte indessen nur als teilweises, abgespaltenes Eigentumsrecht angesehen werden, da ihm nur ein schuldrechtlich gesichertes Dauernutzungsrecht zuteil wird.

85) Eine Konsequenz, die Krause, S. 78/79, Anm. 4, schon deshalb ablehnt, weil sie zu der dem Sachenrecht eigenen und dort auch notwendigen Klarheit der Zuordnungsverhältnisse in Widerspruch stünde.

86) Man hätte im Einezlfall darauf abzustellen, inwieweit ein Sachsubstanzverlust eintritt. Wäre die Sachsubstanz völlig verbraucht, dann läge ein Kauf- oder kaufähnliches Geschäft vor, hingegen wäre dann, wenn keinerlei oder eine nur teilweise Substanzminderung eintritt, von Miete, Pacht oder Leihe auszugehen.

87) Binder, S. 40, 41 und 42

vereinen. Miet- und Kaufelemente seien so eng miteinander verknüpft, daß sie eine rechtliche und wirtschaftliche Einheit bilden. Folglich müsse das Leasing als ein gemischter Vertrag angesehen werden. Trotz der Vermischung ließen sich die einzelnen Elemente aus dem Miet- und Kaufrecht klar voneinander abgrenzen. Während die mietvertraglichen Bestandteile den Leistungsinhalt des Leasing beträfen, regelten die Elemente kaufvertraglichen Ursprungs Art und Umfang der Zahlungsverpflichtungen und die Gewährleistungsansprüche infolge mangelhafter Vertragserfüllung. Ploetz[88] hält den Finanzierungs-Leasing-Vertrag ebenfalls für einen aus Miet- und Kaufelementen zusammengesetzten Vertrag. Im Hinblick auf die Auswahl der Ausrüstung und ihres Herstellers sowie der Lieferbedingungen und der Sachmängelgewährleistung habe der LN eine Käuferstellung. Dem Mietrecht hingegen entnimmt Ploetz die Vorschriften über Zahlungsverzug und "sonstige Pflichtverletzungen" des LN.

Man könnte darüber streiten, ob sich die einzelnen Elemente eines Vertrages derart teilen lassen, daß man den Leistungsinhalt dem Mietrecht zuordnet und als Elemente "kaufvertraglichen Ursprungs" Gewährleistungsrecht und Zahlungsverpflichtungen absondert.[89] Jedenfalls ist aber nur dann von einem aus Miet- und Kaufelementen gemischten Vertrag auszugehen, wenn beide Vertragstypen nicht im Verhältnis der Ausschließlichkeit konkurrieren.

Miete und Kauf, dieser Grundsatz galt im gemeinen Recht[90] und wurde später von Mittelstein[91]

88) Ploetz, S. 95/96

89) Es ließe sich einwenden, wenn der Leistungsinhalt dem Mietrecht entspricht, folgt daraus zwangsläufig, daß etwa auftretende Vertragsstörungen nach den Regeln des gleichen Vertragstyps auszugleichen sind.

90) Bechmann hat in seiner Abhandlung über den "Kauf nach gemeinem Recht" (S. 159), das Konkurrenzverhältnis von Kauf und Miete folgendermaßen charakterisiert: "Mit manchen anderen Rechtsverhältnissen berührt sich der Kauf durch

für das bürgerliche Recht ausgesprochen, sind gegensätzlich ausgestaltete Vertragsformen, die trotz verwandtschaftlicher Züge einander ausschließen. Diesem meist unausgesprochenen Grundsatz haben Rechtsprechung[92] und Literatur[93] dadurch

---

die Gemeinschaftlichkeit gewisser Merkmale. Genauer betrachtet ist aber diese Berührung selbst wieder von sehr verschiedener Beschaffenheit. Mit der Miete und dem Tausch ist der Kauf dergestalt verwandt, daß gleichwohl die nicht gemeinsamen Merkmale überwiegen, so daß das nämliche Geschäft nicht je nach den Umständen unter den einen oder unter den anderen Typus fallen kann. Trotz der Verwandtschaft ist das Verhältnis gleichwohl ein ausschließendes. Die Erörterung der Verwandtschaft kann daher nur dazu dienen, die dem Kaufe eigentümlichen Merkmale durch den Gegensatz zur schärferen und klareren Erkenntnis zu bringen. Mit der Miete hat der Kauf die Geldleistung, mit dem Tausch die Richtung der Absicht auf definitiven Erwerb gemein. Die letztere fehlt umgekehrt gerade bei der Miete, die Geldleistung beim Kauf. Es kann daher das nämliche Geschäft nicht zugleich Kauf und Miete, Kauf und Tausch sein."

91) Mittelstein, Die Miete, S. 32: "Miete und Kauf sind begrifflich scharf geschieden: Der Mieter erhält die Sache zum zeitweiligen Gebrauch, der Käufer erhält sie dauernd zu Eigentum. Deshalb kann dieselbe Sache nicht gleichzeitig gemietet und gekauft werden."

92) Die Abgrenzung von Miet- und Kaufverträgen ist insbesondere bei den sogenannten Mietkaufverträgen vor allem im Konkurs und im Steuerrecht praktisch geworden. Das Reichsgericht, JW 1906, 436 Nr. 25, hatte über einen "Mietkaufvertrag" zu entscheiden, wobei zugrunde lag, daß der "Mieter" in Konkurs gefallen war und der "Vermieter" Aussonderung verlangte. Das RG stellte fest, daß dem Vertragsverhältnis der Charakter eines Mietverhältnisses zukomme. Vgl. zu dieser Entscheidung die kritische Abhandlung von Suppes, Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1907, S. 879 ff., der sich eingehend mit der Abgrenzung von Miet- und Kaufvertrag auseinandersetzt.

In neuerer Zeit hat sich der Bundesfinanzhof mit der Abgrenzung von Miet- und Kaufverträgen befaßt und in einem Grundsatzurteil vom 5.11. 1957, BStBl 1957 III, S. 445, Mietkaufverträge als verschleierte Kaufverträge gekennzeichnet.

93) Zur Abgrenzung der Veräußerungsverträge (Kauf und Tausch) von Gebrauchsüberlassungsverträgen vgl. Larenz, Bd. II, S. 124, § 44 I; Hedemann, S. 258, § 39.

Rechnung getragen, daß sie stets eine klare Abgrenzung von Kauf-, Miet- und verwandten Rechtsverhältnissen vornahmen und von Typenvermischungen absahen. Die gegenteilige Ansicht ist dogmatisch unhaltbar, da sie die Grenzen zwischen Gebrauchsüberlassungs- und Veräußerungsverträgen aufhebt. Der Finanzierungs-Leasing-Vertrag ist demnach weder Miet- noch Kaufvertrag, und auch nicht als Miet- und Kaufvertrag einzuordnen, sondern ein Vertrag, der im Unterschied zum Kauf keinerlei dingliche Rechtswirkungen zeigt, sondern sich mit einer rein schuldrechtlichen Sicherung begnügt. Von der Miete grenzt sich der Finanzierungs-Leasing-Vertrag dadurch ab, daß er entsprechend den korrespondierenden Interessen aller Vertragsbeteiligten auf eine völlige Amortisation abzielt. Insoweit wird mit Hilfe eines schuldrechtlichen Vertrages erreicht, hierin tritt der eigentliche Charakter des Finanzierungs-Leasing-Vertrages deutlich hervor, was an sich einer Übereignung vorbehalten ist.

c) Finanzierung

Zwei Finanzierungsmethoden sind zu unterscheiden. Die eine beruht auf einem Darlehensvertrag, den die LG mit der finanzierenden Bank in Höhe der Kaufpreissumme abschließt und einer Sicherungsübereignung des Leasing-Objektes an das Finanzierungsinstitut entsprechend dessen allgemeinen Geschäftsbedingungen.[94] Die Tilgung der Darlehensschuld obliegt dem LN, der sich mit der Unterzeichnung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der LG verpflichtet, die Leasing-Raten unmittelbar an die finanzierende Bank zu entrichten. Die zweite Finanzierungsart, die keinen Darlehensvertrag voraussetzt, hat für die LG den Vorteil, daß sie trotz umfangreicher Refinanzierung bilanziell frei

94) Vgl. die für Finanzierungsverträge geltenden allgemeinen Bankbedingungen, abgedruckt im Handbuch der Teilzahlungswirtschaft, S. 553 ff.

von Kreditverbindlichkeiten bleibt. An die Stelle des Darlehensvertrages tritt ein Kaufvertrag zwischen LG und Bank, dessen Gegenstand die zwischen LG und LN vereinbarten Leasing-Raten bilden. Zugleich mit dem Verkauf der Leasing-Forderung übereignet die LG, gleichermaßen wie im ersten Finanzierungsfall, den Investitionsgegenstand zur Sicherheit an die kreditierende Bank. Wird der LN zahlungsunfähig, oder erhebt er Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis LN - LG, die seine Verpflichtung zur Zahlung der Leasing-Raten betreffen, so sichert sich die Bank dadurch ab, daß sie entsprechend ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen die LG verpflichtet, den noch ausstehenden Restbetrag der Raten zurückzukaufen.[95]

3. Gemischter Vertrag oder Einzelvertragsverbindungen

Ein gemischter, von mehreren Kontrahenten, der LG, dem LN, dem Kreditinstitut und dem Verkäufer abgeschlossener Vertrag wäre das gesamte Rechtsverhältnis dann, wenn Kauf, Gebrauchsüberlassung und Finanzierungsabreden als gemeinsames Vertragswerk aller am Abschluß Beteiligter in Erscheinung treten.

Gemischte Verträge sind solche, deren Tatbestand eine im Gesetz nicht vorkommende Verbindung einzelner im Gesetz unter verschiedenen Vertragskategorien normierter Tatbestandsstücke enthält.[96] Dabei werden entweder mehrere verschiedene Leistungen geschuldet, die jede für sich den Tatbestand eines Vertragstyps erfüllt, oder der Vertrag enthält einen Bestandteil, der sich zugleich

---

95) Vgl. zur Ausgestaltung der beiden Finanzierungsmethoden Kaminsky, bei Hagenmüller, S. 85 ff.; ferner Geiler, in Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1963, S. 108 und Ringleb, in Der Volkswirt 1964, S. 2502.

96) Hoeniger, Gemischte Verträge in ihren Grundformen, S. 4.

als ein anderer Vertragstypus des Privatrechts darstellt.[97] Neben diese gemischten Verträge, die sich aus typisch wesentlichen Tatbestandsstücken verschiedener Vertragskategorien zusammensetzen, treten Tatbestandskombinationen, die keine Typenvermengung enthalten. Bei diesen tritt zu einem typischen Vertrag ein nicht typisches Tatbestandsstück aus einer anderen gesetzlichen Kategorie hinzu, ohne daß beide Vertragstypen sich wesentlich verändern und damit ihren Rechtscharakter einbüßen.[98]

Eine derartig enge Vertragsverflechtung, die es rechtfertigen würde, das gesamte, aus Kauf, Nutzung und Finanzierung zusammengefügte Rechtsverhältnis als Einheit und damit als gemischten Vertrag einzuordnen, besteht unter den Vertragskontrahenten jedoch nicht; denn die LG schließt Kauf- und Kreditvertrag im eigenen Namen mit dem Verkäufer bzw. Kreditinstitut, und auch der Nutzungsvertrag bewirkt rechtliche Bindungen allein im Verhältnis der LG zu ihrem Kunden, dem LN. Insofern ist ein gemeinsames, aus verschiedenen Vertragstypen zusammengesetztes Rechtsverhältnis nicht gegeben. Andererseits ist das Vertragsverhältnis auch nicht so locker zusammengefügt, daß jegliche Bindung der Kontrahenten untereinander fehlt, und daß die Einzelverträge völlig losgelöst und unabhängig voneinander bestehen. Die Verträge sind zwar nicht äußerlich durch denselben Abschluß miteinander verbunden, dienen aber letztlich dem Zweck, dem LN den Erwerb und damit die Nutzungsmöglichkeit des Leasing-Gutes zu verschaffen[99], wobei den Partnern des LN entsprechend ihren speziellen Interessen eine unterschiedliche Funktion zukommt. Geht man davon aus, daß die Vertragsteile Kauf-Gebrauchsüberlassung-Finanzierung innerlich mit-

---

97) Enneccerus-Lehmann, § 100 B IV

98) Vgl. Hoeniger, S. 32/33

99) Dabei handelt es sich um Vertragsverbindungen mit gegenseitiger Abhängigkeit, die zwar nur äußerlich verbunden, aber in gegenseitiger Ab-

einander verbunden sind, so ist grundsätzlich[100] auch der Weg dafür bereitet, daß dem LN Einreden aus einem Vertragsverhältnis, etwa dem Gebrauchsüberlassungsvertrag, in einem anderen Vertragsteil z.B. dem Finanzierungsverhältnis zustehen, und daß er durch die Aufspaltung eines Erwerbsvorganges in Kaufvertrag, Finanzierungsvereinbarung und Gebrauchsüberlassungsabrede nicht um einen Rechtsschutz gebracht werden kann, der ihm ohne Teilung zustünde.

4. Inhaltsgrenzen

Die Notwendigkeit einer inhaltlichen Begrenzung allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) ergibt sich aus ihrer Funktion. Die in ihnen enthaltenen, sich zu einem typisierten Vertragswerk zusammenfügenden Klauseln[101] werden nicht einzeln ausgehandelt, sondern einseitig von einem Vertragspartner im voraus festgelegt[102] und dem anderen Vertragsteil pauschal zur Annahme unterbreitet. Diesem soziologischen Vorgang hat die Rechtsprechung schon sehr bald Rechnung getragen. Nachdem das Reichsgericht zunächst die AGB als normal rechtsgeschäftlich gewollt und vereinbart angesehen hatte[103], ging seine Rechtsprechung[104] im Anschluß an das

---

hängigkeit gewollt sind. Soweit hiernach Abhängigkeit gewollt ist, hängt nicht nur die Gültigkeit des einen Vertrags von der des anderen ab, sondern nach der vermutlichen Absicht der Parteien wird auch die Wiederaufhebung des einen die des anderen Vertrages zur Folge haben (zur Ausgestaltung gegenseitig abhängiger, äußerlich verbundener Verträge vgl. Enneccerus-Lehmann, § 100 A).

100) Die Intensität der Verbindung kann unterschiedlich sein. Hinweis auf S. 86 ff.

101) Hinweis auf Anhang S. A 3

102) Über die Rechtsnatur der Aufstellung siehe Lukes, Festschrift für Hueck, S. 459 (477 f.) und JuS 1961, S. 301 (303); dazu Sandrock, AcP Bd. 159, S. 481 (528 f.); Ballerstedt, JZ 1956, S. 269 f.; Fikentscher, BB 1956, S. 795 Fußn.1; Isele, JuS 1961, S. 311

103) RG 13, 68 (77); 58, 151 (155); 66, 39 (40)

Reichsoberhandelsgericht[105] schon bald dazu über, AGB größerer öffentlicher und privater Unternehmen wie Eisenbahnen und Banken als verbindlich anzusehen, ohne Rücksicht darauf, ob der Vertragskontrahent im Einzelfall Kenntnis von den Bedingungen erlangt hatte oder nicht. Später stellte das Reichsgericht[106] klar heraus, daß der Abschluß von Verträgen, die unter Bezugnahme auf oft sehr umfangreiche AGB geschlossen werden, sich kaum noch als eine echte vertragliche Individualvereinbarung aller einzelnen, den Vertragsinhalt bildenden Regelungen darstelle. In der Folgezeit hat der BGH[107] anerkannt, daß AGB im Unterschied zu Individualverträgen durch Unterwerfung, die auch stillschweigend erfolgen könne, für den Vertragsgegner wirksam werden. Zunächst wurde eine stillschweigende Unterwerfung dann als vorliegend angesehen, wenn der Betroffene mit dem Vorhandensein AGB rechnen mußte.[108] Später prägte der BGH[109] die noch heute geltende Formulierung, daß der Vertragspartner "wußte oder wissen mußte", daß ein Geschäftspartner AGB "zugrunde zu legen pflegt". Geltungsvoraussetzung AGB ist daher nicht, wie schon das RG in seinen ersten Entscheidungen zu AGB ausführte, das Kennen oder Kennenmüssen der einzelnen oft umfangreichen, in den Formularverträgen aufgeführten Klauseln, sondern nur der Umstand, daß der Kunde von dem Vorhandensein, nicht aber von dem Inhalt AGB wußte oder wissen

---

104) Vgl. RG 103, 84 (85); 109, 299 (304-305); 111, 310 (311); 112, 253 (257/258)

105) Vgl. dazu Goldschmidt, ZHR 1861, 569 ff.

106) RG DR 1941, S. 1210 (1212); RG 170, 233 (240); RG 171, 43 (46, 48)

107) BGH 3, 200 = BB 1951, S. 905 = NJW 1951, S.957

108) BGH 6, 145 (146) = BB 1952, S. 621 (622) = MDR 1952, S. 609

109) BGH 9, 1 (3,6) = BB 1953, S. 186 = JR 1953, S. 140 (141) = MDR 1953, S. 353 (354) = NJW 1953, S. 541 (542) und BGH 12, 136 (139) = BB 1954, S. 301 (302) = NJW 1954, S. 795

mußte. Werden demnach AGB wirksam, ohne daß die in ihnen enthaltenen, den Vertragsinhalt bildenden Regelungen in ihren Einzelheiten vom Willen des anderen Vertragsteils umfaßt zu sein brauchen, so fehlt ihnen im Gegensatz zu Individualverträgen das Korrektiv rechtsgeschäftlichen Aushandelns. Daher können für AGB nicht die gleichen Inhaltsgrenzen gelten, die für individuell ausgehandelte Rechtsgeschäfte ihre Berechtigung haben. Während das Reichsgericht[110)] versuchte, mißbräuchlich und einseitig zu Lasten des Vertragsgegners aufgestellten Formularklauseln mit Hilfe des § 138 BGB Herr zu werden und eine Gültigkeitskontrolle unter dem Gesichtspunkt einer mißbräuchlichen Ausnutzung

---

110) Als grundlegend ist die Entscheidung des RG Bd. 150, S. 1 ff. anzusehen. Dort stellt das RG die Voraussetzungen auf, bei deren Vorliegen AGB gegen die guten Sitten verstoßen. Dies ist danach dann der Fall, wenn 1. "Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Mißverhältnis zueinander stehen, die übrigen Merkmale des Wuchers (§ 138 Abs.2 BGB) aber nicht vorliegen" und wenn 2. "außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teils festzustellen ist, daß das Geschäft nach Inhalt, Zweck und Beweggrund gegen das gesunde Volksempfinden verstößt". Wenn auch die objektiven Voraussetzungen (Nr. 1 dieser Formel) ein brauchbares Mittel im Kampf gegen unbillige AGB zu sein schienen, so mußte die Anwendung des § 138 BGB dennoch oft genug unterbleiben, weil die subjektiven Voraussetzungen (Nr. 2 der Formel), Ausbeutung und Ausnutzung einer Machtstellung nicht erfüllt waren, weil keine Monopolstellung des Unternehmens vorlag. Aus diesem Grund war die Rechtsprechung gezwungen, den Begriff des Monopols immer weiter auszudehnen (vgl. die Zusammenfassung bei Raiser, S. 303 - 307 und die Kritik von Fischer, BB 1957, S. 481 (485), der zu Recht bemängelt, das Reichsgericht habe nicht auf den Inhalt der Bedingung abgestellt, sondern auf die tatsächlichen und wirtschaftlichen Begleitumstände. Die Bedingungen als solche stünden sozusagen jenseits von Gut und Böse. Nicht der Rechtszustand, sondern die Mittel zu seiner Schaffung, die Monopolstellung werde beanstandet).

einer Monopolstellung vornahm, ist der BGH[111] im Anschluß an einen Teil der Lehre dazu übergegangen, in Anlehnung an § 242 BGB und den Rechtsgedanken aus § 315 BGB eine Inhaltskontrolle in den Vordergrund zu stellen. Danach kommt es entscheidend darauf an, ob eine Freizeichnungsklausel unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien der Billigkeit entspricht. Prüfstein der Billigkeitserwägung sind die Interessen des Personenkreises, der normalerweise an den von den jeweiligen AGB geregelten Rechtsgeschäften beteiligt ist. Mit der Herausstellung der Billigkeitsklausel als Maßstab einer Interessenabwägung AGB ist zwar ein wichtiger Schritt auf dem Weg zur Kontrolle unlauterer Freizeichnungsklauseln getan, im Ergebnis doch nicht mehr als ein Ausgangspunkt geschaffen.[112] Die vom BGH mit Hilfe einer Generalklausel gezogene Inhaltsgrenze kann notwendigerweise nur einen Rahmen dafür abgeben, wann im allgemeinen keine bindende Wirkung unlau-

---

111) Die Rechtsprechung hat bis in die jüngste Zeit versucht, den Freizeichnungsklauseln durch Anwendung der §§ 138, 826 und 242 BGB Herr zu werden (vgl. BGH 22, 90; 26, 186; 33, 216; BGH WuW 1959, 59, 61; 1960, 49). Diese Grenzen erwiesen sich jedoch als zu eng, da sie nur die äußerste Grenze der Zulässigkeit frei ausgehandelter Bedingungen bezeichnen. Allgemeine Geschäftsbedingungen werden jedoch nicht frei ausgehandelt, sondern von einer Seite bindend festgesetzt. Schon seit geraumer Zeit wurde daher im Schrifttum (Fischer, BB 1957, S. 481 ff., 485/486; Flume, Juristentag-Festschrift I 1960, S. 165 ff.; Krause, BB 1955, S. 265 ff. (268); Lukes, JuS 1961, S. 301 ff. (306); Raiser, JZ 1958, S. 1 ff (7); ders. Juristentag-Festschrift I 1960, S. 101, 106, 118 ff.) gefordert, daß für sie engere Grenzen als für einzelvertragliche Abreden gelten müßten. Dieser Auffassung ist der BGH in BGH 37, 94 ff. (98) mit Hinweis auf Fischer beigetreten. Im Anschluß an Larenz (Schuldrecht Bd. I, 4. Aufl., § 8 a.E.) präzisierte er seine Auffassung dahin, daß die einseitige Aufstellung AGB dem in § 315 BGB geregelten Fall gleichzustellen ist (BGH 38, 138 ff. (168) = LM Nr. 5 zu 276 (Db) BGB mit Anm. von Liesecke = NJW 1963, 99 = VersR 1963, 45; vgl. auch die kritische Abhandlung von Lukes in NJW 1963, S. 1897 ff.).

112) Lukes, NJW 1963, S. 1897 (1900)

terer Vertragsbedingungen eintritt und bedarf daher im Einzelfall einer näheren Konkretisierung und damit einer tatbestandlichen Eingrenzung. Diese Aufgabe stellt sich für die hier zu untersuchenden AGB der LG.

Soweit die Tatbestandselemente der Verträge typisierten Vertragsarten des Bürgerlichen Gesetzbuches entlehnt sind, geben die Wertgrenzen dieser Vertragsformen Anhaltspunkte einer Überprüfung der Haftungsausschlußklauseln. Maßstab für die Beurteilung, ob die Regelungen AGB nicht der Billigkeit entsprechen, sind die gesetzlichen Dispositivnormen;[113] auch sie verlangen Beachtung,

---

113) Daß AGB am dispositiven Recht, das selbst im Einzelvertrag nicht uneingeschränkt variabel ist, zu messen sind, wurde zuerst von Raiser, S. 295, befürwortet. Die entscheidende Frage lautet, ob das Gesetzesrecht im Zuge der "Rationalisierungstendenz" der AGB spezialisiert und fortgebildet wird, oder ob es zum Zwecke einer "Machtverstärkung" verändert werden soll. Nur im zweiten Falle tauche die Gefahr eines Mißbrauchs auf. Der Gedanke Raisers, AGB am Gerechtigkeitsgehalt der Dispositivnormen zu messen, wurde später wiederholt von der Literatur aufgegriffen und dahin modifiziert, daß der Vertragsfreiheit bei AGB engere Grenzen gezogen sind, als dies bei individuell ausgehandelten Verträgen der Fall ist. So begründet beispielsweise Krause, BB 1955, S. 265 ff. (268), die enger zu ziehenden Grenzen der Dispositionsfreiheit bei AGB zutreffend damit, daß Vereinbarungen, die auf AGB beruhen, die "Richtigkeitskontrolle des Aushandelns" fehlt, und daß im "praktischen Ergebnis der eine Vertragsteil die Rolle des Gesetzgebers übernimmt". Ähnliche Ausführungen finden sich bei Fischer, BB 1957, S. 481 ff., 485/486. Der gleiche Gedanke hat teilweise auch in der Rechtsprechung des BGH Widerhall gefunden. In WM 1969, 20 und BGH 41, 151, 154 = WM 1964, 472 erhebt der BGH zur Richtschnur einer Interessenabwägung, daß, je stärker der Gerechtigkeitsgehalt der vom Gesetzgeber aufgestellten Dispositivnormen ist, desto strengere Maßstäbe an die Vereinbarkeit von Abweichungen in AGB anzulegen sind.

Der Ansatzpunkt, unangemessene AGB als nicht vereinbart zu behandeln, ist dagegen von einem Teil der Lehre in verschiedenartigen, ab-

allerdings nicht die gleiche wie das "ius cogens". Auch die nachgiebigen, vom Gesetzgeber wohlerwogenen, aus der normalen Interessenlage abgeleiteten Rechtsfolgen haben eine bestimmte "Ordnungsfunktion". Die Abweichung der AGB von solchen

---

weichenden Konstruktionen gewählt worden: Meeske, BB 1959, S. 857 (863 unter 3) will mit dem Rechtsinstitut des Verschuldens bei Vertragsschluß Abhilfe schaffen; auf Grund einer rechtsähnlichen Anwendung könnten die Umstände des Einzelfalles ergeben, daß eine Erkundungspflicht bestehe, ob das Vertragsverhältnis den AGB des Unternehmens unterstellt werden soll. Bei Verletzung dieser Pflicht sei es entscheidend, ob der Vertrag auch bei Kenntnis der AGB geschlossen worden wäre. Treffe dies zu, so sei voller Schadensersatz zu leisten, d.h. die AGB fänden auf den Vertrag Anwendung. Wäre der Vertrag nicht abgeschlossen worden, so sei nur das Vertrauensinteresse zu ersetzen. - Der Vorschlag Meeskes führt zu der merkwürdigen Konsequenz, daß der Kunde, obwohl sein Vertragsgegner mit der Aufstellung sittenwidriger Klauseln die Ursache für die Auflösung des Vertrages gesetzt hat, in jedem Falle schadensersatzpflichtig wird.

Einen anderen Weg beschreitet Schmidt-Salzer (Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formularkontrakte und unter wirtschaftlichem Druck geschlossene Verträge, NJW 1967, S. 373 (375 f.) und Die sogenannte Unterwerfung unter Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1967, S. 129 f.), indem er den Erklärungswillen als Ausgangspunkt seiner Betrachtung nimmt. Den entscheidenden Ansatzpunkt für die Lösung des Problems AGB sieht Schmidt-Salzer in einem Vergleich zwischen dem Grundsatz über die Bindungswirkung einer ungelesenen unterzeichneten Vertragsurkunde einerseits und den speziellen Gegebenheiten AGB andererseits. Die Grundsätze über die Bindungswirkung einer ungelesenen, unterzeichneten Vertragsurkunde sollen bei AGB nicht uneingeschränkt gelten, die unbillige Bedingungen enthalten. Angesichts des Umfangs und der Kompliziertheit von abstrakt formulierten Vertragsbedingungen sei die rechtsgeschäftliche Verantwortung des Kunden beschränkt. Der Kunde handle nicht mehr auf eigenes Risiko, wenn er unterschreibe, weil das Risiko für ihn nicht mehr abschätzbar sei.
Siehe auch Hübner, Festschrift für Nipperdey, 1965, I, S. 373 (382), der die Unterwerfung unter AGB als Zurechnungsproblem auffaßt.

nachgiebigen Rechtssätzen, denen ein Prinzip materieller Gerechtigkeit immanent ist, verlangt besondere sachliche Gründe.[114] Sie kann nur verantwortet werden, wenn eine vom Gesetz nicht berücksichtigte Sach- und Interessenlage vorliegt, wenn also besondere sachliche Rechtfertigungsgründe eine vertragliche Abweichung fordern.

Eine eigene Interessenabwägung ohne Zuhilfenahme vorhergegebener normierter spezieller Wertgrenzen wird erforderlich, wo sich die AGB der LG auf neue, vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht erfaßte Tatbestände beziehen. Hier ist in vollem Umfang Raum für die Anwendung der vom BGH in den Vordergrund gestellten Generalklausel; mit ihrer Hilfe ist die vertragliche Interessensituation sorgfältig abzuwägen, um eigene Wertgrenzen zu ermitteln. Richtschnur einer Billigkeitserwägung sind die Interessen des Personenkreises, der normalerweise an den von den jeweiligen AGB geregelten Rechtsgeschäften beteiligt ist.

Darüber hinaus können insbesondere die für bestimmte Interessenkonflikte aufgestellten Regeln des Abzahlungsgesetzes für die AGB der LG unter den Voraussetzungen des § 6 AbzG spezialgesetzliche Inhaltsgrenzen abgeben.

Verdächtige Klauseln

Kritische und einer Inhaltskontrolle bedürfende Klauseln eines Formularvertrages sind jene Geschäftsbedingungen, deren Rechtfertigung nicht in der jeweiligen Interessensituation zu finden ist, sondern die darauf abzielen, dem Aufsteller eine vorteilhafte Rechtsposition zu Lasten des späteren Einzelvertragspartners einzuräumen. Verdächtige Bestimmungen des Leasing-Vertrages, die zu

114) Enneccerus-Nipperdey, AT 1. Halbbd., S. 301, § 49 III

Lasten des Vertragspartners ausgestaltet sind und deren Zielrichtung eine Gerechtigkeitskontrolle nahelegt, sind vornehmlich solche Freizeichnungsklauseln, die Gewährleistungsrechte einschränken oder gar ausschließen oder die Risikohaftung einseitig auf den LN verlagern oder dessen Einwendungen aus vertraglicher Schlechterfüllung des Verkäufers gegen die übrigen Vertragspartner abdingen, oder Rechtsverluste des LN vorsehen, falls er mit seinen Ratenschulden in Verzug gerät. Besonderes Interesse verdienen ferner Rücknahme- und Verwirkungsklauseln, sowie jene Freizeichnungsklauseln, die der LG im Konkurs oder Vergleich des LN eine vorteilhafte Rechtsstellung einräumen. Nicht unbeachtet soll schließlich auch die Schriftformklausel bleiben, die in nahezu allen AGB der LG enthalten ist. Eine Inhaltskontrolle der Klauseln, die diese Sachverhalte betreffen, dürften die allergischsten Punkte des Leasing-Vertrages erfassen.

a) Gewährleistungsklauseln

Gewährleistungsrechte des LN beim Finanzierungs-Leasing

Die Geschäftsbedingungen deutscher Leasing-Gesellschaften regeln die Gewährleistungsansprüche ihrer Kunden in unterschiedlicher Weise. Einheitlich ist lediglich die Grundtendenz, die LG selbst von jeglicher Haftung frei zu halten. Solange der LN für diesen Haftungsausschluß einen gleichwertigen Ersatzanspruch erhält, ist gegen die getroffene Regelung nichts einzuwenden. Mehrere LG, in deren Geschäftsbedingungen eingesehen werden konnte, treten dementsprechend ihre Gewährleistungsansprüche, die sich meist in einem Nachbesserungsanspruch gegen ihren Lieferanten erschöpfen, an den LN ab. Andere LG bevorzugen eine

Vertragsausgestaltung, die den LN bevollmächtigt und beauftragt, die Gewährleistungsansprüche der LG gegenüber dem Lieferanten geltend zu machen. Darüber hinaus ist in den Geschäftsbedingungen vereinzelt der Zusatz anzutreffen, daß die LG selbst, und zwar für Rechnung des LN Gewährleistung beanspruchen kann.

Bedenken lassen sich aber dann anmelden, wenn man dem LN keinerlei oder doch nur in beschränktem Umfang Gewährleistung zubilligt. Das Beispiel einer LG[115], deren Geschäftsbedingungen bestimmen, "nach Lieferung gelte der Mietgegenstand, soweit nicht innerhalb drei Tagen schriftlich Mängelrüge erfolge, als übernommen und in jeder Hinsicht genehmigt", macht deutlich, daß die Frage nach den Inhaltsgrenzen des Gewährleistungsrechtes bei Leasing-Geschäften einer grundsätzlichen Untersuchung bedarf.

Als mögliche Gewährleistungsschuldner des LN kommen die LG und der Verkäufer des Leasing-Gutes in Betracht. Ein Gewährleistungsanspruch des LN gegen die LG ließe sich damit rechtfertigen, daß zwischen beiden unmittelbare Vertragsbeziehungen bestehen, die das Nutzungsverhältnis regeln und deshalb bei Nichtgewährung ordnungsmäßiger Nutzung Gewährleistungsrechte nach sich ziehen. Erwägt man indessen einen Gewährleistungsausgleich nicht zwischen LN und LG, sondern im Verhältnis zum Verkäufer, so kann man zur Rechtfertigung auf die Praxis der LG verweisen, deren überwiegende Anzahl eine eigene Gewährleistung ausschließt und ihre Kunden an den Verkäufer verweist. Der Grund für eine solche Ausgestaltung des Gewährleistungsrechtes ist nicht allein darin zu sehen, daß die LG eine Übernahme des Gewährleistungsrisikos scheuen. Entsprechend der zwischen den Beteiligten des

---

115) Mietdienst GmbH Leasing- und Handelsgesellschaft, München

Leasing-Vertrages vorgenommenen Funktionsteilung kann für die Durchführung der Gewährleistungsansprüche, die sich überwiegend in einem Nachbesserungsanspruch erschöpfen, nur der Verkäufer verantwortlich sein. Eine Nachbesserung vorzunehmen, wäre die LG auch gar nicht in der Lage, da ihr die hierfür notwendigen tatsächlichen Voraussetzungen fehlen. Entsprechend der von ihr übernommenen Funktion nimmt sie eine vermittelnde Stellung ein, und zwar zwischen Verkäufer und Bank einerseits und ihrem Kunden andererseits. Sähe man dementsprechend den Verkäufer als Gewährleistungsschuldner an, so stellte sich die für den LN bedeutsame Frage, ob ihm ein Anspruch auf Gewährleistung auch dann zusteht, wenn AGB ein solches Recht entweder nicht ausdrücklich vorsehen oder gar ausschließen. Da zwischen LN und Verkäufer unmittelbare Rechtsbeziehungen fehlen, die eine Haftung bei auftretenden Leistungsstörungen rechtfertigen könnten, hätte sich die Untersuchung darauf zu beschränken, ob die LG verpflichtet ist, ihre Gewährleistungsansprüche, die aus dem Kaufvertrag mit dem Lieferanten herrühren, an den LN abzutreten. Der Ansatz zu einer Lösung könnte in dem internen Treueverhältnis zwischen LG und LN zu sehen sein, das die LG verpflichtet, die Interessen ihres Kunden bei der Durchführung des Kaufvertrages zu wahren.

Wägt man das Für und Wider einer Gewährleistungshaftung der LG oder des Verkäufers gegeneinander ab, so erscheint es angebracht, den besonderen Gegebenheiten des Leasing-Verhältnisses Rechnung zu tragen, um ein wirtschaftlich und rechtlich gesehen sinnvolles Ergebnis zu erreichen. Betrachtet man die unterschiedlichen Interessen der einzelnen Vertragsbeteiligten, so fällt auf, daß die LG ihre vermittelnde, maklerähnliche Position einnimmt und so ein Interessenband zwischen der finanzierenden

Bank und dem Verkäufer einerseits und dem LN andererseits knüpft. Daraus folgt, daß bei dieser Interessensituation unmittelbare Gewährleistungsansprüche des LN gegen die LG berechtigterweise ausgeschlossen werden, daß andererseits entsprechend dem Treueverhältnis die LG verpflichtet sein muß, die ihr gegen den Verkäufer zustehenden Ansprüche als Ausgleich abzutreten. Obgleich das Vertragsverhältnis zwischen LG und LN als Nutzungsvertrag eigener Art zu charakterisieren war, ist demnach der Ausschluß des Gewährleistungsrechtes als zulässig anzusehen, da der LN dadurch nicht rechtlos gestellt wird, sondern als Äquivalent einen Anspruch auf Abtretung erhält.

Der Umfang der Gewährleistungsansprüche des LN aus abgetretenem Recht bestimmt sich nach dem zugrunde liegenden Kaufvertrag und damit in der Mehrzahl der Fälle nach den allgemeinen Lieferbedingungen des Verkäufers. Für die Inhaltsgrenzen dieser Ansprüche gilt folgendes: In Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Mietrecht enthalten auch die Vorschriften des Kaufvertrages eine Bestimmung, die den Gewährleistungsausschluß als nichtig ansieht, wenn der Verkäufer einen vorhandenen Mangel arglistig verschweigt, § 476 BGB.[116] Im übrigen sind die Gewährleistungsvorschriften abdingbar, allerdings mit der bedeutsamen Einschränkung, daß dem Käufer wenigstens ein Anspruch auf Nachbesserung verbleibt.[117] Wird Nachbesserung im Schadensfalle zu Unrecht abgelehnt oder führt sie nicht zum Erfolg, so leben die Gewährleistungsansprüche wieder auf.[118]

---

116) Vgl. BGH BB 1959, S. 249 für den Fall des Gebrauchtwagenkaufs eines Unfallfahrzeugs

117) BGH 22, 90; Palandt-Gramm, Vorbem. vor § 459, Anm. 3; Soergel-Siebert-Ballerstedt, vor § 459 Rdn. 26; über zulässige Ausnahmen im Gebrauchtwagenhandel siehe BGH NJW 1966, S. 1071; BGH BB 1959, S. 249; Schmidt, DAR 1964, S. 201, 202; Baur, DAR 1962, S. 321, 326

118) BGH 22, 90

Bestehen die Gewährleistungsansprüche des LN in einem Anspruch auf Minderung oder Nachbesserung, so treten keine zusätzlichen Probleme auf. Schwierig wird die Rechtslage allerdings dann, wenn dem LN ein Wandlungsrecht zusteht, da mit der Ausübung des Gestaltungsrechtes das Eigentumsrecht der Banken oder der LG tangiert wird. Krause[119] versagt dem LN ein Wandelungsrecht, da er außerstande sei, dem Lieferanten das Vertragsobjekt zurückzuübereignen. Krause verkennt dabei, daß die Bank bzw. die LG letztlich nur Sicherungsrechte in Händen haben, und daß ihre Rechte nicht umfassender ausgestaltet sein können, als es zur Wahrung ihrer Interessen erforderlich ist. Einen gerechten Interessenausgleich bietet folgender Lösungsvorschlag: Das Wandelungsrecht steht den Vertragsbeteiligten gegenüber dem Verkäufer gemeinschaftlich zu. Der Verkäufer ist demgemäß verpflichtet, den Kaufpreis an die übrigen Vertragsbeteiligten gemeinschaftlich zurückzuzahlen, § 432 BGB. Im Innenverhältnis findet zwischen Bank, LG und LN eine Ausgleichung entsprechend ihrer nach dem Vertrag bestehenden anteiligen Forderungen statt.

Gewährleistungsrechte bei "Mietkaufverträgen" und "Kraftfahrzeug-Leasing-Verträgen"

Entsprechende Rechtsgrundsätze müssen bei gleicher Interessenlage für den Fall gelten, daß die LG Mietkauf- und Kraftfahrzeug-Leasing-Verträge abschließt. Die an sich während der Mietzeit bestehenden Ansprüche auf Gewährleistung sind abdingbar. Dem Mieter steht als Ausgleich ein Anspruch auf Abtretung aller der LG gegen den Verkäufer zustehenden Rechte auf Gewährleistung zu. Das gewonnene Ergebnis steht im Einklang mit dem von der Recht-

---

119) Krause, S. 56

sprechung im Mietrecht zur Abdingbarkeit von Gewährleistungsansprüchen erstellten Grundlinien. Danach ist eine Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Mieters nur in begrenztem Rahmen zulässig und darf letztlich nicht eine völlige Rechtlosstellung des Mieters zur Folge haben.[120)]

b) Gefahrtragungsklauseln

Gefahrtragung beim Finanzierungs-Leasing

Den Geschäftsbedingungen aller Gesellschaften ist gemein, daß stets der LN die Gefahr eines zufälli-

120) Bei der Ausgestaltung des Mietrechtes sahen die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches davon ab, eine allgemeine Regelung über den Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen zu treffen. Gesetzlich geregelt wurde nur der besondere Fall, daß der Vermieter einen Mangel arglistig verschweigt; als Folge eines solchen arglistigen Verhaltens des Vermieters sieht § 540 BGB die Nichtigkeit des Gewährleistungsausschlusses vor, eine Rechtsfolge, die an sich schon der allgemeinen Vorschrift des § 138 BGB zu entnehmen ist. Da im übrigen eine Gesetzesbestimmung über die Wirksamkeit eines vertraglichen Ausschlusses von Gewährleistungsrechten fehlt, war es Aufgabe der Rechtsprechung, die Grenzen des Gewährleistungsausschlusses abzustecken. Gegenstand einer richterlichen Rechtsfortbildung waren zwei Fallgruppen: Im Jahre 1904 hat das Kammergericht in einer beachtenswerten Entscheidung den an sich vertraglich vereinbarten Ausschluß einer Gewährleistungs- und Schadensersatzpflicht des Vermieters für etwa vorhandene Mängel der Mietsache dahingehend eingeschränkt, daß die Pflicht des Vermieters, die Mietsache überhaupt und in ihrem wesentlichen Teil zu gewähren, nicht ausgeschlossen werden kann (Kammergericht, Urteil vom 7.11.1904, OLG KG 10, 161). Eine zweite Gruppe, die ebenfalls zu einem rechtsgestaltenden Eingreifen in das Vertragsverhältnis Anlaß gibt, bilden die Fälle, in denen der Vermieter als Ersatz für den gesetzlich vorgesehenen Gewährleistungsanspruch vertraglich eine Nachbesserung zwar einräumt, sie später jedoch nicht ausführen kann oder aber zu Unrecht ablehnt. Liegen diese Voraussetzungen vor, so leben die zunächst abgedungenen gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des Mieters wieder auf und treten an die Stelle des vertraglich vereinbarten Nachbesserungsanspruchs (KG MietG 1933, 45; Staudinger, § 537 Rdn. 5).

gen Untergangs zu tragen hat, wobei als Zufall ein weder von der LG noch ein vom LN zu vertretender Umstand zu verstehen ist.[121] Bedenken gegen den Gerechtigkeitsgehalt der Gefahrtragungsklausel könnten entsprechend dem Grundsatz casum sentit dominus dann angebracht sein, wenn man berücksichtigt, daß dem LN gleich einem Käufer mit der Übergabe der Sache das Risiko voll aufgebürdet wird, obschon er selbst nicht Eigentümer des Gegenstandes wird. Indessen bliebe bei einer solchen nur am Eigentumsrecht ausgerichteten Interessenabwägung zu Unrecht unberücksichtigt, daß der Leasing-Vertrag bei entsprechendem Wohlverhalten des LN auf eine endgültige und ausschließliche Nutzung, verbunden mit einer völligen Amortisation des Investitionsgutes durch den LN abzielt, und daß vom wirtschaftlichen Nutzwert her betrachtet der LN einem Käufer vergleichbar ist, der eine Sache zu Eigentum erwirbt. Demgegenüber fällt nicht entscheidend ins Gewicht, daß der LN im Vergleich zum

---

121) Die Risikoklausel zu Lasten des LN findet, wenn auch mit unterschiedlicher Begründung, allgemeine Zustimmung. Meilicke, BB 1964, S. 691, der den Finanzierungs-Leasing-Vertrag als Mietverhältnis ansieht, billigt eine Risikohaftung des LN damit, daß die Mietsache mit der Übergabe in den Gefahrenbereich des LN gelangt sei. Eine ähnliche Rechtfertigung versucht Binder, S. 62. Gegen die Argumentation Meilickes wendet Krause, S. 109 Anm. 2, mit Recht ein, daß der "Sphärengedanke" kein hinreichender Grund ist, abweichend von der gesetzlich vorgesehenen Risikoverteilung im Mietrecht, die darauf aufbaut, daß sich die Mietsache in aller Regel im unmittelbaren Besitz und damit im Gefahrenbereich des Mieters befindet, in AGB eine abweichende Regelung zu treffen. Krause, S. 110, der im Ergebnis ebenfalls die Gefahrtragungsklausel billigt, sieht in dem Finanzierungscharakter des seiner Ansicht nach als Mietvertrag zu qualifizierenden Leasing-Vertrages einen sachlichen Grund zur Rechtfertigung der vom gesetzlichen Mietrecht abweichenden Formularklausel.

Käufer keine dingliche Rechtsposition erlangt und damit gewisse Rechtseinbußen erfährt. Entsprechend dieser für die Gefahrtragung maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Nutzungsverhältnisses ist der Rechtfertigungsgrund der Risikoklausel allgemeiner Geschäftsbedingungen der LG die wirtschaftliche Wertschöpfung des LN, die in der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme des Investitionsgutes ihren Ausdruck findet. Da andererseits auch die LG an der wirtschaftlichen Wertschöpfung insoweit teilnimmt, als sie entsprechend ihrer maklerähnlichen Position auf die jeweiligen Leasing-Raten einen gewissen Provisionsbetrag aufschlägt, ist sie in Höhe ihrer Gewinnspanne an der Risikohaftung beteiligt und verliert in diesem Umfang ihre Forderung gegen den LN.[122)]

Gefahrtragung bei "Mietkaufverträgen"

Gelten für Mietkaufverträge die Gefahrtragungsregeln des Miet- oder des Kaufrechts? Zwei Vertragstypen sind zu unterscheiden. Vereinbarungen mit von Anfang an bestehender Kaufabsicht, deren Kaufpreis sich an den entrichteten Mietzinsen ausrichtet, lassen es gerechtfertigt erscheinen, auch während der dem Kauf vorgeschalteten Mietzeit die Gefahrenregelung des Kaufs und damit eine Risikobelastung des "Mieters" mit der Übergabe des Gegenstandes eintreten zu lassen, § 446 BGB; denn vom wirtschaftlichen Erfolg her gesehen, sind solche Vertragsgestaltungen dem Kaufvertrag, zumindest aber einem Kauf auf Abzahlung gleichwertig,

---

122) Von den Kreditgebühren der Bank, die ebenfalls einen Teil der Leasing-Raten ausmachen, wird der LN hingegen nicht befreit. Solange der LN das Darlehen der Bank in Anspruch nimmt, hat er als Gegenleistung den entsprechenden Zinssatz zu entrichten. Gleichermaßen hat er die der LG durch ihre Vermittlung bereits entstandenen Kosten zu erstatten.

so daß es billig erscheint, sie so zu behandeln, als hätten die Parteien von Anfang an einen Kaufvertrag abgeschlossen. Bezüglich des Provisionsanspruches der LG gelten die oben[123] getroffenen Feststellungen entsprechend.

Nicht nach Kaufrecht bestimmt sich die Gefahrtragung solcher "Mietkaufverträge", die eine von vornherein bestehende Kaufabsicht nicht erkennen lassen. Steht es nach dem Willen der Parteien in freiem Ermessen des Mieters, ob er den Gegenstand nach Ablauf der Mietzeit unter Anrechnung der bereits entrichteten Mietzinsen erwirbt, oder ihn an den Vermieter zurückgibt, und geht der Mietgegenstand während der Mietzeit durch Zufall unter, so richtet sich die Gefahrtragung nach Mietrecht. Da während der Vertragszeit ungewiß ist, ob der Mieter ohne das Schaden verursachende Ereignis einen Kaufvertrag abgeschlossen hätte, kann ausschlaggebend für die Gefahrtragungsregelung auch nur das Mietverhältnis, nicht aber ein zwar möglicher, jedoch im Belieben des Mieters stehender und damit ungewisser Kaufabschluß sein. Die Risikoverteilung dieses besonderen Typs eines Mietkaufvertrages (Miete mit Kaufoption) erfolgt daher nach Mietrecht: Die gesetzliche Regelung der Gefahrtragung im Mietrecht beruht auf den allgemeinen Bestimmungen des Rechtes der Schuldverhältnisse, also den §§ 241 ff. BGB. Geht die Mietsache zufällig unter, so wird der Vermieter zwar gemäß § 275 BGB von der Pflicht, dem Mieter weiterhin den Gebrauch zu gewähren, frei, verliert jedoch nach § 323 BGB seinen Anspruch auf die Mietraten und trägt folglich die Gefahr des zufälligen Untergangs. Dieses Ergebnis, das auf einer Anwendung allgemeingültiger, für sämtliche Schuldverhältnisse maßgeblichen Gesetzesbestimmungen beruht, ist für das Mietrecht nicht, wie es zunächst den Anschein

123) S. 65

haben könnte, rein zufälliger Natur; der Gesetzgeber hat sich vielmehr bewußt und unter Abwägung der im Mietverhältnis anzutreffenden Interessensituation dafür entschieden, daß nicht der Mieter, sondern der Vermieter das Zufallsrisiko zu tragen hat.

Die Erwägungen, die für diese Entscheidung maßgeblich waren, sind in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch[124] nachzulesen. Dabei ist festzustellen, daß der Gesetzgeber die Risikohaftung des Vermieters rechtfertigt, indem er auf das Grundprinzip des Mietvertrages hinweist, nach welchem der Vermieter verpflichtet ist, den Gebrauch des Mietgegenstandes während der Mietzeit zu "gewähren". Als Konsequenz dieses Prinzips in Verbindung mit den allgemeinen Grundsätzen über die Folge einer zufälligen Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen folgt, daß der Vermieter die Gefahr zufälligen Untergangs zu tragen hat.

Bei der Erörterung des Gefahrtragungsproblems im Mietrecht setzten sich die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches außerdem mit schon bestehenden Gesetzgebungen auseinander, die eine gegenteilige Regelung vorsahen und nicht den Vermieter, sondern stattdessen dem Mieter die Risikohaftung aufbürdeten. Als Ausgleich sahen diese Gesetze, insbesondere der code civil, zugunsten des Mieters einen Ersatzanspruch vor, der allerdings nur unter der besonderen Voraussetzung wirksam werden konnte, daß ein Dritter den Schaden zufügt. In diesem Falle stand dem Mieter ein Ersatzanspruch gegen den Schädiger zu.

Diese Regelung wurde von den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuches als Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Mietrechtes mißbilligt; außerdem wiesen sie darauf hin, daß der Mieter

---

124) Motive Bd. II, S. 368 (370)

selbst in dem Sonderfall, daß ein Dritter den Schaden zufügt, mit einer Forderung gegen den Schädiger nicht hinreichend geschützt ist, z.B. dann, wenn der Dritte zahlungsunfähig, unbekannt oder unzurechnungsfähig ist. Ebensowenig könne der Mieter verpflichtet werden, im Interesse des Vermieters die diesem gegen den Dritten zustehenden possessorischen Rechtsmittel geltend zu machen.

Hiervon abweichende Wertungsmaßstäbe liegen der BGH-Rechtsprechung über die Risikoverteilung im Mietrecht zugrunde. In einer Entscheidung[125] über die Zulässigkeit einer formularmäßigen Haftungsverlagerung zu Lasten des Mieters im Bereich der gewerblichen Miete erschien es dem BGH sachlich gerechtfertigt und billigenswert, daß sich der Vermieter durch eine Freizeichnungsklausel entlastete, weil nach den Erfahrungen des Wirtschaftslebens eine Haftungsverschärfung das einzige Mittel darstelle, eine pflegliche Behandlung der Mietsache durch den Mieter sicherzustellen und zu gewährleisten, daß der Mieter beim Gebrauch der Mietsache diese nicht in größerem Umfang allgemeinen oder besonderen Gefahren aussetzt, als er dies bei eigenen Sachen zu tun pflegt.

Diese Begründung ist anfechtbar, ja unbillig, da sie die Interessen des Mieters völlig außer acht läßt. Ein Mieter, der die Mietsache nicht pfleglich behandelt und sie größeren Gefahren aussetzt, als er es bei eigenen Sachen zu tun pflegt, handelt schuldhaft. Insoweit bietet die Verschuldenshaftung ausreichend Gewähr für ein rechtmäßiges Verhalten des Mieters. Dem Mißtrauen gegenüber gewerblichen Mietern kann mit weniger radikalen Mitteln begegnet werden, z.B. dadurch, daß dem Mieter die Beweislast für ein nicht schuldhaftes Verhalten im Falle einer Beschädigung der Miet-

125) BGH LM (Nr. 1 Bl. 1), § 138 B b, BGB, Bl. 409 (Bl. 410)

sache auferlegt wird. Die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins können hierfür die notwendige Hilfestellung geben.

Die Bedenken gegen eine Haftungsverschärfung zu Lasten des Mieters lassen sich also nicht mit der Argumentation des BHG ausräumen. Vielmehr ist den Ausführungen von Lukes[126] zuzustimmen, die im Rahmen einer Abhandlung über "Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen" auch das spezielle Problem der Gefahrtragung in Formularmietverträgen ansprechen und wo ausgeführt ist, "daß eine Schranke gegen jene allgemeinen Geschäftsbedingungen unentbehrlich ist, mit denen einseitig eigennützige Zwecke auf Kosten des Einzelvertragspartners verfolgt werden, ohne daß damit eine Vereinfachung des Abschlusses oder der Durchführung von Einzelrechtsgeschäften verbunden ist". Als Beispiel wird auf Formularmietverträge über Industriemaschinen hingewiesen, die bestimmen, daß der Mieter bei Zerstörung oder Beschädigung der gemieteten Maschine durch Feuer oder auf andere Weise und selbst durch unvorhergesehene Umstände oder höhere Gewalt dem Vermieter einen erheblichen Anteil des Neuwertes der Maschine ersetzen und die Maschinenreste auf seine Kosten zum Vermieter bringen muß.

Mißtrauen gegen eine Gefahrverlagerung zu Lasten des Mieters ist immer dann angebracht, wenn Formularverträge ohne hinreichenden Grund von dem gesetzlich vorgesehenen und, wie die Motive zeigen, auch begründeten Prinzip einer Gefahrtragung des Vermieters abweicht. Demnach setzt eine Risikobelastung des Mieters, da sie eine Abweichung von dem im Mietrecht geltenden Gefahrtragungsprinzip darstellt, eine besondere Rechtfertigung voraus. Solche Ausnahmetatbestände können z.B. dann er-

---

126) Festschrift für Hueck, S. 459 (460)

füllt sein, wenn der Mietgegenstand durch den geplanten Einsatz einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt ist, wenn also der Mieter eine gefahrengeneigte Arbeit mit Hilfe des Mietgegenstandes ausführt. Im Regelfall jedoch kann das Gefahrenrisiko nicht generell durch Formularverträge, sondern ausschließlich durch Individualvereinbarung auf den Mieter abgewälzt werden.

Gefahrtragung bei "Kraftfahrzeug-Leasing-Verträgen"

Die in der Automobilbranche angebotenen Verträge sind rechtlich als Miete mit anschließendem Verkauf an einen Dritten einzuordnen.[127] Da die gesamte Wertschöpfung wirtschaftlich gesehen durch den LN erfolgt, während der Mietzeit kommt ihm der volle Gebrauchswert zu und auch der Verkauf erfolgt auf seine Rechnung und damit auf sein Risiko, gleicht die Interessensituation der des Finanzierungs-Leasing-Nehmers, so daß die dort aufgestellte Risikoverteilung entsprechend auch für Kraftfahrzeug-Leasing-Verträge Geltung beanspruchen kann.

c) Verfallklauseln

Erfüllt der LN seine Vertragspflichten nicht oder nicht rechtzeitig, zahlt er insbesondere seine Raten nicht pünktlich, so daß die finanzierende Bank bei der mithaftenden LG Rückgriff nehmen kann, so sehen die AGB der LG neben einem Kündigungs- oder Rücktrittsrecht als zusätzliche Sanktion vor, daß die gesamten restlichen Ratenbeträge sogleich fällig werden.[128] Soweit diese Klauseln der LG ohne Verpflichtung zur Gegenleistung einen Geldanspruch in Höhe aller noch ausstehenden Raten zusprechen,

---

127) Hinweis auf S. 38

128) Z.B. Leasing-Gesellschaft für Vermietungsprojekte mbH, Mainz

haben sie den Charakter einer Vertragsstrafe, § 339 BGB;[129] denn die Geldsumme, begrenzt durch die Höhe der noch nicht fälligen Raten, wird unabhängig von den gesetzlichen Schadensfolgen der Nichterfüllung zahlbar. Der Zahlungsanspruch ist weder seiner Voraussetzung noch der Höhe nach von einem nach §§ 249 BGB ff. liquidierbaren Schaden abhängig. Er wird fällig mit der Auflösung des Vertrages; sein Umfang bestimmt sich willkürlich entsprechend den noch ausstehenden Zahlungsraten.

Vertragsstrafen werden in E i n z e l v e r t r ä g e n als Druckmittel zur Einhaltung vertraglich vereinbarter oder gesetzlich vorgesehener Leistungspflichten aufgenommen. Angebracht sind sie insbesondere aber auch dann, wenn der eine Vertragsteil Schwierigkeiten voraussehen muß, Entstehen und Höhe des gesetzlich an sich ersatzfähigen Schadens darzulegen und zu beweisen. Damit erfüllt die Vertragsstrafe eine doppelte Funktion: Sie sichert die Ansprüche des Gläubigers durch Druck auf den Schuldner und ist so ein wirtschaftlich wertvolles Zwangsmittel, um den Vertragskontrahenten zur Erfüllung seiner Pflicht anzuhalten. Dies gilt nicht nur für den Fall, daß der Schuldner seine Verbindlichkeiten völlig unerfüllt läßt, sondern auch dann, wenn er ihnen nicht in der gehörigen Weise, insbesondere nicht innerhalb der verabredeten Zeit nachkommt. Aus dem Zweck der Vertragsstrafe, dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Ersatzansprüche zu erleichtern, folgt zweitens, daß dieser bei der Einforderung des Schadens, der ihm aus der Nichterfüllung oder verzögerten Leistung erwächst, vom Schadensnachweis befreit

---

129) Zur Vertragsstrafe: Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, S. 295 ff.; Die Verwirkung der Konventionalstrafe; Esser, § 25 II, S. 144 f.; Kipp, In Festgabe für Koch, S. 110 ff., Rechtswahrnehmung und Reuerecht.

ist. Da die Verwirkung der Vertragsstrafe die tatsächliche Entstehung eines Schadens nicht voraussetzt, ist sie im Ergebnis eine "pauschale Pönalisierung" des Vertragsbruchs.[130] Aus ihrer Natur als mittelbares Zwangsmittel folgt weiter, daß der Schuldner den Strafanspruch des Gläubigers durch den Nachweis der Nichtentstehung eines Schadens nicht zu entkräften vermag; denn die Zulassung des Gegenbeweises würde die Sicherung, die dem Gläubiger daraus erwächst, daß er die Vertragsstrafe als Druckmittel zur Einhaltung vertraglich vereinbarter Leistungspflichten anwenden darf, hinfällig werden lassen.[131]

Ob Verschulden Voraussetzung der Vertragsstrafe sein soll, ist eine Frage des Parteiwillens und damit der Auslegung. Zwar ist nach § 339 S. 1 BGB die Vertragsstrafe verwirkt, wenn der Schuldner mit seiner Leistung in Verzug kommt, also schuldhaft seine Vertragspflicht verletzt. Diese Vorschrift ist jedoch nicht zwingendes Recht.[132] Den Vertragsparteien steht es frei, abweichend von der dispositiven Gesetzesregel, der Vertragsstrafe eine garantieähnliche Funktion zu geben. Sie können eine Abrede dahin treffen, daß die Vertragsstrafe auch dann verwirkt sein soll, wenn die Leistung des Schuldners aus Gründen unterbleibt, die von seinem Willen unabhängig sind und ihm nicht zum Verschulden gereichen.[133]

Die Geltendmachung dieser in ihren Grundzügen charakterisierten Vertragsstrafe kann den Erfüllungsanspruch des Gläubigers in unterschiedlicher Weise berühren.[134] Nach der Regel des § 340 BGB wird die Inanspruchnahme der Vertragsstrafe, die dem Gläubiger aufgrund der Nichterfüllung neben dem Anspruch auf die Erfüllung zur Wahl steht, als Abgeltung der Erfüllung angesehen. Nach der Vor-

130) Esser, § 25 II, S. 144
131) RG 103, 99
132) Motive, S. 275/276 = Mugdan, S. 153
133) BGH NJW 1958, S. 1483
134) Vgl. Lehmann, S. 301

schrift des § 341 BGB hat die Vereinbarung der Strafe für den Fall einer nichtgehörigen Erfüllung die Bedeutung, daß der Gläubiger neben der Erfüllung auch die Strafe fordern kann. Darüber hinaus steht es dem Gläubiger in beiden Fällen frei, weitergehende, die Vertragsstrafe überschreitende Schadensersatzansprüche aus Verzug oder Schlechtleistung in erweislichem Ausmaß geltend zu machen, §§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2 BGB.

Es bleibt die Frage, ob eine pauschale Pönalisierung des Vertragsbruchs auch in AGB festgelegt werden kann, oder ob eine Verwirkung ihre Rechtfertigung nur in einzelvertraglich ausgehandelten Rechtsgeschäften findet. Daß Vertragsstrafen generell zulässig sind, ergeben die §§ 339 ff. BGB. Fraglich kann daher nur sein, ob für Vertragsstrafen in AGB die gleichen Voraussetzungen gelten, wie sie für Individualabreden anerkannt sind. Das erscheint in doppelter Hinsicht bedenklich. Die Höhe der Vertragsstrafe, die mit dem Schadensbetrag nicht identisch ist, wird in AGB einseitig bestimmt, so daß die Gefahr einer überhöhten Festsetzung naheliegt. Außerdem kann den Schuldner stark belasten, daß eine Verwirkung auch ohne sein Verschulden eintritt, und er eine garantieähnliche Haftung übernehmen muß.

Das erste Bedenken wiegt nicht allzu schwert. Eine überhöht angesetzte Vertragsstrafe kann nachträglich berichtigt werden. Vertragsstrafen dürfen vom Gericht überprüft werden. Eine unverhältnismäßig hohe Strafe kann auf Antrag des Schuldners durch staatliches Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden, § 343 Abs. 1 S. 1 BGB. Insofern finden Vertragsstrafen, sofern sie überhöht in AGB festgesetzt sind, ihre nachträgliche Inhaltskontrolle durch eine richterliche Überprüfung. Die Vorschrift des § 343 BGB dient dem Schutz persönlicher Unerfahrenheit und Unbesonnenheit im

Wirtschaftsleben und ist insoweit als Sozialschutznorm zwingendes Recht; sie überträgt den Gerichten eine Gestaltungsmacht zur Ermäßigung der Strafe auf einen unter Berücksichtigung aller berechtigten Interessen angemessenen Betrag.

Problematisch erscheint indessen, ob AGB eine Verwirkung auch ohne Verschulden des anderen Vertragsteils eintreten lassen. Der Schlüssel zur Lösung liegt in § 339 S. 1 BGB, der eine Vertragsstrafe von einer schuldhaften Leistungsstörung abhängig macht. Eine Abweichung von dem Grundsatz der Verschuldenshaftung ist zwar nicht ausgeschlossen, da § 339 BGB den Charakter einer Dispositivnorm aufweist; sie bedarf aber als Ausnahme von einer gesetzlichen Regel einer besonderen Rechtfertigung. Ein Rechtfertigungsgrund ist anerkanntermaßen dann gegeben, wenn die Parteien einzelvertraglich von einer Verschuldenshaftung zugunsten einer Garantiehaftung absehen. Das Einverständnis rechtsgeschäftlichen Aushandelns fehlt indessen Vertragsstrafeklauseln, die eine Garantiehaftung in AGB aufstellen. Daraus folgt, daß Vertragsstrafeklauseln, sofern sich nicht aus besonders hinzutretenden Umständen ein Rechtfertigungsgrund zugunsten einer Garantiehaftung entnehmen läßt, auch keine Garantiefunktion zukommen kann. Daher ist die Dispositivnorm des § 339 S. 1 BGB grundsätzlich Inhaltsgrenze einer in AGB vereinbarten Vertragsstrafe und läßt eine Haftung nur im Falle schuldhafter Vertragsverletzung zu.

Aus alledem folgt: Vertragsstrafen sind auch in AGB zulässig. Ihre Höhe unterliegt auf Antrag des Schuldners einer richterlichen Kontrolle. Eine Verwirkung tritt nur im Falle schuldhafter Vertragsverletzung ein.

d) Inhaltsgrenzen des Abzahlungsgesetzes

Spezielle Inhaltsgrenzen können in bestimmten Fällen wirksam werden, falls das AbzG im Verhältnis LN - LG Anwendung findet. § 6 AbzG erfaßt ein sogenanntes verhülltes, auch als Abzahlungsgeschäft in weiterem Sinne bezeichnetes Finanzierungsgeschäft. Die Vorschrift enthält keine selbständige Definition der von ihr erfaßten Tatbestände. Es wird vielmehr nur der Begriff des Abzahlungskaufs im Sinne des § 1 AbzG durch das Weglassen des Begriffserfordernisses "Kauf" erweitert, um alle Verträge, die darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes in einer anderen Rechtsform zu umgehen, erfassen zu können.[134a)] Voraussetzung für eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes ist demnach immer, daß mit dem vereinbarten Vertrag der wirtschaftliche Zweck eines Abzahlungskaufvertrages erreicht wird. Wann ein Finanzierungsgeschäft einen dem Abzahlungskauf vergleichbaren Geschäftszweck aufweist, ist streitig. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[135)] und einer von Samter[136)] und Lazarus[137)] vertretenen Ansicht ist zwar eine ausdrückliche Eigentumsverschaffung nicht Voraussetzung eines verhüllten Abzahlungsgeschäftes, jedoch sei nicht davon abzusehen, daß die Einräumung des Eigentums zumindest stillschweigend aus den Begleitumständen des Vertragsabschlusses hervorgehen müsse. Hiergegen hat sich Putzo[138)] - ähnlich Aubele[139)] - gewandt

---

134a) Crisolli-Ostler, § 6 Anm. 8 und 9

135) RG JW 1911, 826 Nr. 46; RG Recht 1913, 2324

136) Samter, Anm. 2 a zu § 6

137) Lazarus, S. 40

138) Palandt-Putzo, § 6 AbzG, Anm. 1 b, bb, der sich zu Unrecht auf RG JW 1911, 826 und RG Recht 1913, 2324 beruft.

139) Aubele, S. 84/85, § 6 Anm. 2 und 5

mit der Begründung, es könne nicht anerkannt werden, daß ein Ausschluß des späteren Eigentumserwerbs objektiv dem Zweck eines Abzahlungsgeschäftes widerspreche und daher der Annahme eines versteckten Abzahlungsgeschäftes entgegenstehe; §6 finde auch dann Anwendung, wenn die Vertragsparteien von einem Eigentumswechsel absähen, sich aber darüber einig seien, daß die Sache zum "dauernden Gebrauch" überlassen werde; eine Gebrauchsüberlassung auf Zeit, möge es sich auch um eine solche auf unbestimmte Zeit handeln, könne hingegen niemals Gegenstand eines Abzahlungsgeschäftes sein. Crisolli-Ostler[140] verstehen § 6 AbzG ebenfalls dahin, daß ein verhülltes Abzahlungsgeschäft nicht erst vorliege, wenn dem Empfänger der Sache ein Rechtsanspruch auf die Übertragung des Eigentums zugebilligt ist, sondern schon dann, wenn er nach dem Vertrag nur wirtschaftlich so gestellt werden soll, daß er die Sache ungestört und auf die Dauer wie ein Eigentümer besitzen und nutzen kann. Im Gegensatz zu Putzo rechnen Crisolli-Ostler[141] unter die Fälle des § 6 AbzG nicht nur eine endgültige, sondern darüber hinaus auch eine zeitlich begrenzte Gebrauchsüberlassung mit anschließender Rückgabeverpflichtung, falls der Substanzwert der Sache während der Vertragszeit erschöpft wird.

Folgt man der erstgenannten Auffassung zur Auslegung des § 6 AbzG - auch die Forderung einer "dauernden" Gebrauchsüberlassung läuft im Ergebnis auf eine zumindest stillschweigende Eigentumsabrede hinaus -, so kann der LN nicht in den Schutz des Abzahlungsgesetzes gelangen, da Finanzierungs-Leasing-Verträge nicht auf Eigentumserwerb, sondern auf zeitlich begrenzte Nutzungsüberlassung ausge-

140) § 6 Anm. 19
141) § 6 Anm. 18, 2. Abs.

richtet sind.[142]

Eine enge, am Eigentumsbegriff orientierte Auslegung des § 6 AbzG steht zwar im Einklang mit den Motiven zum AbzG, wonach die Übertragung des Eigentums das Endziel eines jeden Abzahlungsgeschäftes sein muß[143], vermag jedoch der Zielrichtung des § 6 AbzG als Schutzbestimmung gegen Umgehungsgeschäfte nur unvollkommen gerecht zu werden; denn einerseits wäre das Gebiet des § 6 infolge des Eigentumserfordernisses nur sehr beschränkt[144], zum anderen könnte §6 AbzG durch entsprechende vertragliche Vereinbarung, die einer Interpretation des Parteiwillens im Sinne eines stillschweigenden Eigentumsaustausches entgegenstünde, unschwer umgangen und letztlich bedeutungslos werden. Vor einer Auslegung des Parteiwillens als "stillschweigenden" Eigentumskonsens könnte sich der Veräußerer schützen, indem er "ausdrücklich" seinen Eigentumsvorbehalt zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erklärt. Damit würde die Vorschrift des § 6 AbzG für einen Großteil der verhüllten Abzahlungsgeschäfte illusorisch. Man wird daher die Anwendung des § 6 AbzG nicht davon abhängig machen dürfen, daß dem Erwerber, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, die rechtliche Stellung eines Eigentümers zufällt, sondern unabhängig von der dinglichen Zuordnung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten des Vertragsverhältnisses eine Anwendung des § 6 AbzG auch dann be-

---

142) Selbst Finanzierungs-Leasing-Verträge, die mit Optionsrechten ausgestattet sind, dürften zu keiner abweichenden Beurteilung Anlaß geben; denn einmal steht der am Ende der Primärlaufzeit vorgesehene Eigentumserwerb in freiem Ermessen des LN, so daß der Vertrag nicht auf Eigentumserwerb ausgerichtet ist, sondern ein Erwerbsrecht bloß zur Wahl stellt und zum anderen umfaßt das nach Ablauf des Nutzungsvertrages erworbene Eigentum einen meist nur unbedeutenden Restwert einer bereits voll abgeschriebenen Ausrüstung.

143) Zit. nach Crisolli-Ostler, § 6 Anm. 18

144) Vgl. Lazarus, S. 40

fürworten müssen, wenn ohne Übereignung im Rechtssinne der gleiche wirtschaftliche Erfolg eintritt, wie er bei einem Abzahlungskauf vorgesehen ist. Ein in seiner wirtschaftlichen Konsquenz dem Kauf auf Abzahlung vergleichbarer Tatbestand ist erfüllt, sobald dem Erwerber unter Vorenthaltung des Rechtes der volle Substanzwert[145] einer Ausrüstung zur Ausbeutung und Nutzung überlassen ist. Diese flexible, auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten der Finanzierungsgeschäfte abgestimmte Interpretation des Abzahlungsgeschäftes wird dem Ziel des § 6 AbzG als Schutzbestimmung gegen Umgehungsgeschäfte gerecht und steht im Einklang mit dessen Schlußpassus, der eine entsprechende Anwendung der Gesetzesbestimmungen zum Wohle des Abzahlungskäufers vorschreibt, "gleichviel ob dem Empfänger der Sache ein Recht, später deren Eigentum zu erwerben, eingeräumt ist oder nicht."

Rechnet man dementsprechend Finanzierungs-Leasing-Verträge, die während ihrer Laufzeit eine vollständige Amortisation der Ausrüstung vorsehen, zu den verhüllten Abzahlungsgeschäften, so ergeben sich in analoger Anwendung der §§ 1 ff. AbzG nachfolgende Rechte und Pflichten.

Rechtsfolgen[146]

Das Abzahlungsgesetz, dessen Rechtsfolgen in entsprechender Anwendung für das Finanzierungs-Leasing

---

145) So im Ergebnis Crisolli-Ostler, § 6 Anm. 18 Abs. 2

146) Der Geltungsbereich des AbzG wird durch die Vorschrift des § 8 AbzG begrenzt. Seine Schutzbestimmungen finden dann keine Anwendung, wenn der "Abzahlungskäufer" als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist. Erste Voraussetzung einer analogen Anwendung des AbzG im Bereich des Finanzierungs-Leasing ist daher immer, daß der LN zu einer der folgenden drei Personengruppen gehört:
1. nicht eingetragene Vollkaufleute,
2. Minderkaufleute (§ 4 HGB) oder
3. Nichtkaufleute (nach heute einhelliger

gelten, bringt keine umfassende Behandlung aller den Parteien aus dem Vertragsverhältnis zustehenden Ansprüche, sondern regelt entsprechend seinem Schutzcharakter nur einige bestimmte Fragen des Abzahlungsrechtes.[147] Die wichtigste Konsequenz des AbzG ist die Aufhebung des Abzahlungsvertrages und dessen Ersetzung durch ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis. Der Abzahlungsverkäufer kann danach Rückgewähr der Kaufsache nur Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, hat aber daneben Ersatzansprüche wegen Beschädigung, erbrachten Aufwendungen und Ingebrauchnahme des Gegenstandes. Demnach stehen der LG anstelle der Ratenforderung, die sich aus der Kaufpreissumme, den Finanzierungskosten der Bank und der eigenen Provision, berechnet nach den Bearbeitungsgebühren und dem Gewinnzuschlag folgende Ansprüche zu: Statt der in der Leasing-Kalkulation enthaltenen Kaufpreisraten kann die LG nur eine Vergütung verlangen, die dem üblichen Gebrauchswert für die Zeit der Inanspruchnahme entspricht; inzwischen eingetretene Wertminderungen sind zu berücksichti-

---

Auffassung genießt den Schutz des Abzahlungsgesetzes auch der zu Unrecht nicht eingetragene Vollkaufmann, während andererseits ein Nichtkaufmann den Schutz des AbzG verliert, sobald er, wenn auch zu Unrecht, im Handelsregister eingetragen ist. Vgl. Crisolli-Ostler, § 8 Anm. 10 mit umfangreichen Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung).

An Nichtkaufleute wendet sich das Konsumgüter-Leasing, das in den Vereinigten Staaten und in Großbritannien bereits erfolgreich praktiziert wird, und dem auch in Deutschland ein guter Markt vorausgesagt wird (s. Pfeiffer, Der Volkswirt 1962, 1664). In der Automobilbranche werden in neuester Zeit Leasing-Verträge auch an Privatpersonen angeboten, nachdem zunächst nur sogenannte "Flotten-Leasing-Verträge" mit Großabnehmern abgeschlossen wurden. Leasing-Geschäfte, die der Investitionsfinanzierung dienen, dürften in der Regel nicht vom AbzG erfaßt werden, da der LN nur in Ausnahmefällen zu einem der drei geschützten Personengruppen zu rechnen sein wird.

147) Vgl. Palandt-Putzo, § 2 AbzG Anm. 1

§ 2 S. 2 i.V. mit § 6 AbzG. Erstattungsfähig sind auch die von der LG für die Finanzierung des Vertrages aufgebrachten Darlehenskosten. Refinanzierungskosten rechnen zu den nach § 2 Abs. 1 S. 1 AbzG zu erstattenden Aufwendungen und treten daher entgegen einer von Crisolli-Ostler[148] vertretenen Auffassung neben die im Rahmen des § 2 Abs. 1 S. 2 AbzG anfallenden Kosten der Vergütung für die Gebrauchsüberlassung. Man wird den Anspruch auf Erstattung der Refinanzierungskosten nicht nur auf die Zeit bis zur Auflösung des Vertrages infolge Rücknahme der Ausrüstung zu beschränken haben[149], sondern darüber hinaus auch die für die nachfolgende Zeit entstandenen weiteren Refinanzierungskosten dann als erstattungsfähige Aufwendungen ansehen müssen, wenn sich die Veräußerung der Ausrüstung und damit die Rekapitalisierung und Rückerstattung des Darlehens ohne Verschulden des "Abzahlungsverkäufers" hinauszögert und infolgedessen weitere Refinanzierungskosten an die Bank zu entrichten sind.

Aufwendungen i.S. des § 2 Abs. 1 S. 1, § 6 AbzG sind auch die von der LG entstandenen Bearbeitungsgebühren und Unkosten, soweit sie mit dem Abschluß des Kaufvertrages und der Vermittlung der Finan-

---

148) Da die Refinanzierungskosten einen selbständigen Rechnungspostendarstellen, tritt eine von Crisolli-Ostler (§ 2 Anm. 34 in Anlehnung an RG 152, 283 (291)) befürchtete Doppelberücksichtigung der Verzinsung des Kapitalwertes nicht ein. Vielmehr bietet die Methode der selbständigen Berechnung der Refinanzierungskosten, worauf das OLG Köln (NJW 1964, 1965 (1966)) zu Recht hinweist, die erstrebenswerte Möglichkeit einer genaueren Berechnung der Kapitalverzinsung. Während die Verzinsung im Rahmen der Gebrauchsvergütung nur durch Unterstellung und Schätzungen ermittelt werden kann, hat die Methode einer selbständigen Abrechnung den Vorteil, daß die Finanzierungskosten konkret zu ermitteln sind.

149) So jedoch OLG Köln, NJW 1964, 1965 (1966)

zierung im Zusammenhang stehen. Der Anspruch auf Aufwendungsersatz umfaßt hingegen nicht den in der Provision der LG enthaltenen Gewinnzuschlag; denn § 2 AbzG enthält eine abschließende Aufzählung der infolge des Rücktritts ausgelösten Ersatzansprüche, nicht aber einen allgemeinen Schadensersatzanspruch als Grundlage eines Ausgleichsanspruchs nach § 252 BGB.[150)]

"Mietkauf" und "Kraftfahrzeug-Leasing"

Für Mietkauf-Verträge mit von Vertragsbeginn an bestehender Kaufabsicht gelten die für Finanzierungs-Leasing-Geschäfte aufgezeigten Rechtsfolgen entsprechend. Sie unterfallen auch dann § 6 AbzG[151)], falls man der hier vertretenen Interpretation dieser Vorschrift nicht zustimmt und einen zumindest stillschweigenden Eigentumsübertragungswillen der Parteien zur Voraussetzung erhebt. Nicht in den Schutzbereich des § 6 AbzG, auch nicht nach der hier vertretenen extensiven Auslegung des verhüllten Abzahlungsgeschäftes, gelangen jedoch diejenigen Mietkaufverträge, die sich aus einer Miete und einer Option zusammensetzen und einen zukünftigen Kaufabschluß in die freie Wahl des Mieters stellen, ihn also von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig machen, so daß für die Zeit, in der der Mieter noch unentschlossen ist, ob er von einer Option Gebrauch macht oder nicht, auch nicht von einem verhüllten, dem Kauf vergleichbaren Rechtsgeschäft die Rede sein kann.

---

150) H.M. Crisolli-Ostler, § 2 Anm. 52; Klauss, § 2 AbzG Anm. 158, 193 und 212; RG 138 28; BGH 5, 373 (376) = BB 1952, 417 Nr. 936 = JZ 1952, 420 mit zustimmender Anmerkung von Flume. Die Ansicht des OLG Stuttgart, BB 1956, 255/256, den entgangenen Gewinn wenigstens insoweit zu berücksichtigen, als er sich auf die während der Ingebrauchnahme des Abzahlungskäufers eingetretene Wertminderung zurückführen läßt, widerspricht § 2 AbzG, das den Verkäufer auf die dort aufgeführten drei Schadensersatzansprüche beschränkt, die als solche einen entgangenen Gewinn nicht umfassen.

151) Vgl. zur Anwendbarkeit des § 6 AbzG auf "Mietkaufverträge" Crisolli-Ostler, § 6 Anm. 26 ff.

Auch die Sonderform des Kraftfahrzeug-Leasing ist in den Schutzbereich des § 6 AbzG mit einzubeziehen. Gleichermaßen wie Finanzierungs-Leasing-Verträge sind solche Verträge Finanzierungs-Geschäfte, die anstelle eines Kaufvertrages abgeschlossen werden und vergleichbare wirtschaftliche Auswirkungen mit sich bringen.

e) Freizeichnungsklauseln im Konkurs und Vergleich des LN

In den AGB sind Klauseln anzutreffen, die der LG im Konkurs des LN außer einem Recht auf vorzeitige Kündigung des Vertrages einen Anspruch auf Zahlung aller noch ausstehender Raten einräumen. Ihrer Gültigkeit könnte § 17 KO entgegenstehen; diese Vorschrift ermächtigt den Konkursverwalter, nach seiner Wahl, beiderseits unerfüllte Austauschverträge anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen, oder aber die Vertragserfüllung abzulehnen. Lehnt der Konkursverwalter die Vertragserfüllung ab, so erlöschen für die Zukunft die gegenseitigen Erfüllungsansprüche; an ihre Stelle tritt eine einseitige Konkursforderung des Vertragspartners auf Schadensersatz.[152] Für Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs gelten §§ 249 ff. BGB.[153] Wählt der Konkursverwalter Erfüllung, so hat der andere Vertragsteil seine Leistung zur Masse zu bewirken. Andererseits wird die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners mit dem Erfüllungsbegehren des Konkursverwalters zur Masseschuld i.S. des § 59 Nr. 2 KO und ist, soweit die Konkursmasse ausreicht, § 60 KO, grundsätzlich in Natur, vor allen Konkursforderungen, § 57 KO, und selbst vor den Massekosten zu decken.[154] Die von § 17 KO aufgestell-

152) Vgl. RG 64, 207; 86, 250; BGH NJW 1963, 1869, 1870

153) Vgl. RG 140, 14

154) Vgl. im einzelnen Jaeger-Lent-Weber, § 17 Rdn. 33, 2

ten Voraussetzungen liegen ausnahmslos vor: Weder der Gemeinschuldner (LN), der noch nicht alle Raten beglichen hat, noch der Konkursgläubiger (LG), der zur Nutzungsüberlassung verpflichtet ist, haben ihre vertraglichen Verpflichtungen voll erfüllt.

Die Kollisionsfrage zwischen Konkursklausel und gesetzlich bestimmtem Wahlrecht des Konkursverwalters entscheidet sich nach dem Normzweck des § 17 KO. Mit seiner Wahlmöglichkeit dient § 17 KO der Konkursmasse und insofern dem gemeinsamen Wohl der Konkursgläubiger. Jegliche Sonderinteressen des Vertragspartners haben dahinter zurückzustehen. Abreden zwischen dem Gemeinschuldner und dem anderen Vertragsteil, demzufolge die Wahl des Konkursverwalters eingeschränkt oder ausgeschlossen wird, können daher keine Geltung beanspruchen. Auch jede Erschwerung der Lösbarkeit vom Vertrag oder die Vereinbarung von Vertragsstrafen oder die Fälligkeit der noch ausstehenden Restschuld sind unwirksam.[155] § 17 KO ist zwingendes Recht und setzt daher allen nach Eröffnung des Konkursverfahrens getroffenen privaten Abreden eine Schranke, soweit sie mit den aufgezeigten Rechtsfolgen nicht in Einklang zu bringen sind. Wirksamkeit im Konkurs wird hingegen Privatvereinbarungen zugesprochen, falls sie vorsorglich im Hinblick auf einen künftigen Vermögensverfall getroffen wurden.[156] Dafür

155) Vgl. im einzelnen Jaeger-Lent-Weber, § 17 Rdn. 55 b III, S. 294

156) Jaeger-Lent-Weber, § 17 Rdn. 55 b III, S. 294; Erleichterung der Lösbarkeit vom Vertrag durch eine im Hinblick auf einen künftigen Vermögensverfall getroffene Kündigungs- oder Rücktrittsvereinbarung; gleicher Ansicht Böhle-Stamschräder, § 17, 8 S. 101; RG JW 1896, 132: Zulässig, im Vertrag Inhalt und Dauer durch auf die Eröffnung des Konkurses gestellte Bedingungen im voraus einzuschränken; dahinstellend für § 17 KO RG 115, 271 (273), jedoch grundsätzlich aussprechend, daß die Konkursgläubiger "die Verträge des Gemeinschuldners so hinnehmen müssen, wie sie einmal geschlossen sind" (274); a.A.: OLG Braun-

spreche die Fassung des Gesetzes, das in Abs. 1 den Konkursverwalter nur ermächtige, anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen und Gegenerfüllung zu verlangen, also die Erfüllungsansprüche des Gemeinschuldners so auszuüben, wie sie ihm zustünden, d.h. unbeschadet der ihm gezogenen Schranken. Die Masse habe kein anderes Recht auf Erfüllung als der Gemeinschuldner selbst; daher lasse § 17 KO eine Parteiabrede unberührt, die im Hinblick auf einen künftigen Konkurs eines Vertragspartners schon im voraus getroffen werden.

Die Vorstellung, § 17 KO könne durch vorbeugende Abreden außer Geltung gesetzt werden, übersieht, daß der Konkursverwalter nicht die Rechte des Gemeinschuldners als dessen Vertreter oder Rechtsnachfolger ausübt. Er ist vielmehr vom Gesetz damit betraut, die im allgemeinen Interesse liegende geordnete Verwertung des Vermögens des Gemeinschuldners zur gleichmäßigen anteiligen Befriedigung der Gläubiger durchzuführen, hat also ein Amt inne und wird kraft eigenen Rechts tätig. Eine seiner Befugnisse ist das Wahlrecht aus § 17 KO. Er kann hiernach auf Erfüllung eines beiderseits noch nicht erfüllten zweiseitigen Vertrages bestehen oder Erfüllung ablehnen. Diese Befugnis steht ihm kraft eigenen Rechts zu. Er leitet dieses Recht nicht etwa vom Gemeinschuldner ab, sondern ist im Gegenteil gerade von der Bindung, die dieser durch den Vertragsschluß eingegangen ist, befreit. Die Konkursordnung verleiht dem Verwalter damit ein dem Gemeinschuldner nicht zustehendes Gestaltungsrecht, dessen Ausübung Rechtsfolgen begründet, die ohne Eröffnung des Konkursverfahrens nicht eintreten konnten.[157] Im praktischen Ergebnis sind daher

---

schweig, BB 1965, 1124 jedenfalls dann, wenn in AGB mit einem Kündigungsrecht ein Anspruch auf die noch ausstehende Leistung des Gemeinschuldners verbunden ist.

157) So zutreffend HRR 36, 419

nicht nur alle nach Konkurseröffnung zwischen Gemeinschuldner und Konkursgläubiger getroffenen Abreden insoweit unwirksam, als sie das Wahlrecht des Konkursverwalters beeinträchtigen, sondern diese Einschränkung gilt gleichermaßen auch für alle vorbeugenden, im Hinblick auf einen Konkurs getroffenen Abreden und damit auch für Klauseln, die in AGB enthalten sind.

Im Vergleich des LN ist der Nutzungsvertrag, der vor Verfahrenseröffnung geschlossen worden ist, als ein beiderseits noch nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Vertrag i.S. des § 36 VerglO. zu behandeln. Damit ist die LG im Vergleich des LN grundsätzlich nicht Vergleichsgläubiger. Dem LN ist aber die Möglichkeit gegeben, mit Ermächtigung des Gerichts die Erfüllung des Vertrages abzulehnen; die LG ist dann mit ihrem Schadensersatz wegen Nichterfüllung Vergleichsgläubiger, §§ 50, 52 VerglO. Entgegenstehende, den Konkursklauseln inhaltlich gleichlautende Vereinbarungen in AGB sind ebenfalls unwirksam, soweit sie mit den von der Vergleichsordnung getroffenen Regeln kollidieren. Es ist nicht einzusehen, daß dem Vergleich vorausgehende Abreden wirksam[158], nach Vergleichsschluß getroffene Vereinbarungen gleichen Inhalts hingegen unwirksam sein sollen. Im Interesse einer geordneten Verwertung des Vermögens des Vergleichsschuldners zugunsten einer gleichmäßigen und anteiligen Befriedigung der Vergleichsgläubiger müssen private Abreden und Klauseln in AGB zurücktreten.

---

158) So aber Bley, § 50 Anm. 2 b, S. 513 (vertraglicher Vorbehalt zugunsten des Gläubigers zulässig).

f) Freizeichnungsklauseln des Finanzierungsinstitutes

Einwendungen des LN gegen die Bank aus den Rechtsverhältnissen LN - Verkäufer und LN - LG

Finanzierungs-Leasing

Gewöhnlich enthalten AGB der LG oder der finanzierenden Bank eine Klausel, die jegliche Einwendungen des LN gegenüber den regelmäßig der Bank zu entrichtenden Ratenbeträgen ausschließt.[159] Diese Freizeichnungsklausel kann den LN erheblich belasten etwa dann, wenn ihm trotz Fehlerhaftigkeit der Ausrüstung weiterhin die Leasing-Raten abverlangt werden, der Verkäufer Gewährleistung[160] aber ablehnt oder in dem Fall, daß Gewährleistung nicht mehr durchgesetzt werden kann, da der Verkäufer in Konkurs gefallen ist oder sich sonst außerstande sieht, seine vertragliche Pflicht zu erfüllen oder aber wenn die LG ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem LN nicht oder nur unvollkommen nachkommt, z.B. die Ausrüstung unberechtigt an sich nimmt. Ist der LN mit der Unterzeichnung dieser oder anderer Klauseln vergleichbaren Inhalts rechtlos gestellt oder erscheint es billigenswert, ihn vor diesen Freizeichnungsklauseln in Schutz zunnehmen? Die mit dieser Fragestellung angedeutete Problematik ist keine Besonderheit des Finanzierungs-Leasing-Vertrages, sondern vom finanzierten Kauf her bekannt. Auch dort enthielten AGB Freizeichnungsklauseln[161], die dem Erwerber Ein-

---

159) Ausschlußklauseln haben etwa folgenden Inhalt: Beispiel, Deutsche Leasing GmbH, Düsseldorf: "Gewährleistungs-, Garantie und Serviceansprüche, Ansprüche wegen Verzuges oder positiver Vertragsverletzung usw. entbinden den Mieter nicht von der Zahlung der Mietraten an den Vermieter oder von irgendeiner anderen Verpflichtung dieses Mietvertrages" (beispielsweise der Zahlung der Mietraten im Falle der Zession an die finanzierende Bank).

160) Über die Gewährleistungsansprüche LN gegen Verkäufer vgl. S. 58 ff.

161) Beispiel einer Ausschlußklausel (BGH NJW 1962,

wendungen aus dem finanzierten Vertrag gegenüber der Bank abschnitten und ihn zwangen, auch bei fehlerhafter Sachbeschaffenheit oder selbst völliger Unbrauchbarkeit der Kaufsache, die Teilzahlungen weiterhin an die Bank zu entrichten.

Im Jahre 1957 hat der BGH[162] in einer ersten, grundlegenden Entscheidung dem Teilzahlungskäufer Einwendungen gegen das Finanzierungsinstitut unter bestimmten Voraussetzungen dann zugebilligt, wenn der Verkäufer seiner Pflicht zur Nachbesserung nicht ordnungsgemäß nachkommt. In der Folgezeit wurde die Rechtsprechung weitergeführt und unter Hinzufügung gewisser Abgrenzungskriterien ergänzt.[163] Die Argumentation ist einleuchtend: Nach gefestigter Rechtsprechung ist davon auszugehen, daß es beim Verkauf fabrikneuer Sachen an den Letztabnehmer auch außerhalb des in § 476 BGB geregelten Falles in der Regel Treu und Glauben widerspricht, wenn der Händler sich gegenüber dem Letztabnehmer formularmäßig von jeder Gewährleistung freizeichnet. Deswegen hat die Rechtsprechung eine solche Freizeichnung nur in Verbindung mit einem vertraglich eingeräumten Nachbesserungsrecht des Käufers zugelassen und ausgesprochen, daß der Käufer, falls die Nachbesserung unterbleibt oder fehlschlägt, auf die gesetzlichen Gewährleistungsrechte zurückgreifen kann.[164] Es darf also , dies ist der Ausgangspunkt der Überlegung, eine an sich zulässige formularmäßige Vertragsausgestaltung nicht dazu führen, daß der Käufer im Einzelfall bei auftretenden Fehlern der Sache rechtlos gestellt wird. Eine derartige, unerwünschte Benach-

---

1000): "Aufrechnung sowie Mängelrügen und die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes sind seitens des Darlehensnehmers gegenüber der Bank ausgeschlossen."

162) BGH NJW 1957, 17

163) BGH NJW 1962, 1100 und NJW 1967, 1028

164) BGH 22, 90, 96-97 mit Nachweisen = NJW 1957, 17

teiligung des Käufers würde bei finanzierten Kaufverträgen dann eintreten, wenn ein Käufer, der von seinem Lieferanten keinerlei Gewährleistung erhalten kann, die Kaufpreisraten, wie es AGB der Finanzierungsinstitute in der Regel vorsahen, an die finanzierende Bank entrichten muß. Dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden sprach der BGH dem Käufer das Recht zu, seine Einwendungen wegen mangelhafter Beschaffenheit der Sache auch dem Finanzierungsinstitut erfolgreich entgegenzusetzen, wenn drei Grundvoraussetzungen erfüllt sind: Einmal müssen, gewissermaßen als Rechtfertigungsgrund einer Übertragung von Einwendungen aus dem Kaufvertrag in das rechtlich selbständige Darlehensverhältnis, das Finanzierungsinstitut und der Verkäufer in einer "auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehung" stehen und "dem Käufer wirtschaftlich als eine Einheit erscheinen"; denn nur eine solche auf Dauer angelegte Geschäftsverbindung zwischen Verkäufer und finanzierender Bank, durch welche beide untereinander wirtschaftlich enger verbunden sind als jeder von ihnen mit dem Käufer, kann es rechtfertigen, dem Käufer Einwendungen gegenüber dem Darlehensanspruch zu gestatten, die an sich aus dem Rechtsverhältnis Käufer - Verkäufer herrühren.[165] Zweitens sind aus dem schutzwürdigen und einwendungsberechtigten Personenkreis diejenigen Käufer auszuklammern, die als Kaufleute im Handelsregister eingetragen sind, eine Einschränkung, die dem in § 8 AbzG enthaltenen allgemeinen Gedanken zu entnehmen ist, daß ein als Kaufmann im Handelsregister eingetragener Käufer bei finanzierten Kaufverträgen keinen besonderen Schutz

165) BGH NJW 1962, 1100 (1102, 5a) und NJW 1967, 1028 (1029). Vgl. zum Tatbestandsmerkmal einer ständigen Geschäftsverbindung auch BGH 33, 302 (309) = NJW 1961, 164. In einer früheren Entscheidung stellt es der BGH NJW 1957, 17 (18) stattdessen auf das recht unscharfe Tatbestandsmerkmal des "einheitlichen Lebensvorgangs" ab.

bedarf, da in der Regel davon auszugehen ist, daß ein Kaufmann, der sich im Handelsregister eintragen läßt, der Tücken des Abzahlungsgeschäftes selbst Herr zu werden vermag.[166] Schließlich können selbst Nichtkaufleuten Einwendungen dann versagt sein, wenn aus den AGB "auch bei nur flüchtiger Betrachtung des Formulars und ohne Lesen des sonstigen Textes" unübersehbar hervorgeht, daß das Darlehen zurückzuzahlen ist, selbst wenn der Kaufvertrag gelöst oder die Ware nicht oder schlecht geliefert wird.[167]

---

166) BGH NJW 1962, 1100 (1102)

167) BGH NJW 1967, 1028 ff. (1029).
Die Rechtsprechung des BGH zum Einwendungsschutz des Teilzahlungskäufers wird von einem Teil des Schrifttums kritisiert (Möllers, NJW 1955, 1421; 1957, 574; ders. Teilzahlungsfinanzierung, S. 48 Fußn. 75; Capeller BB 1957, 204 ff.; Wendt MDR 1957, 350; 1958, 163; Crisolli-Ostler, Abzahlungsgesetz, § 6 Anm. 149; Meyer-Ladewig MDR 1962, 9). Man macht im wesentlichen geltend, die Entscheidung sei mit der rechtlichen Trennung zwischen Kaufvertrag und Darlehensvertrag nicht vereinbar. Es sei dem Darlehensgeber nicht zuzumuten, das Gewährleistungsrisiko und das Risiko einer Insolvenz des Verkäufers zu tragen. - Die Kritik übersieht, daß Kauf- und Kreditvertrag durch eine gemeinsame Zielrichtung verbunden sind, die jeden Vertrag - trotz seiner rechtlichen Selbständigkeit - als Teil eines wirtschaftlich einheitlichen Vorgangs erscheinen läßt und jedem Vertrag erst seinen Sinn im Zusammenhang mit dem anderen gibt (vgl. Pagendarm, Das finanzierte Abzahlungsgeschäft, in WM 19 , 434 ff. (435, 2), ferner Marschall v. Bieberstein, Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, S. 147 ff. (152), der das gleiche Ergebnis aus dem Zweck des Abzahlungsgesetzes herleitet). Die Kreditinstitute werden durch die Rechtsprechung des BGH auch nicht ungebührlich belastet, da ihre Interessen nicht unberücksichtigt bleiben. Es steht ihnen frei, durch einen deutlichen und klar erkennbaren Hinweis in den Vertragsbedingungen einen Haftungsausschluß zu erzielen (BGH NJW 1967, 1028 ff. (1029); vgl. hierzu Pagendarm, WM 1967, 438.

Welche Finanzierungs-Leasing-Verträge erfüllen die vom BGH zum Einwendungsschutz des Erwerbers aufgestellten Grundvoraussetzungen? Auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehungen, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, das gesamte Rechtsverhältnis bis hin zum Verkäufer als wirtschaftliche Einheit zu betrachten und damit einen Rechtfertigungsgrund für Einwendungen aus mangelhafter Sachbeschaffenheit auch gegen die finanzierende Bank abgeben, lassen sich nur bei Leasing-Verträgen aufzeigen, die von herstellergebundenen Gesellschaften angeboten werden. Als Beispiel eines zwar rechtlich aufgespaltenen, wirtschaftlich aber einheitlich zu beurteilenden Finanzierungs-Leasing-Verhältnisses ist insbesondere das Kraftfahrzeug-Leasing zu erwähnen, wobei sowohl Verkäufer, LG und Finanzierungsinstitut zwar rechtlich selbständige Unternehmensformen darstellen, wirtschaftlich jedoch einem bestimmten Hersteller zugeordnet sind und nach außen, vertreten durch die LG, als Einheit in Erscheinung treten.[168] Ein durch den Hersteller vermitteltes Interessenband fehlt hingegen bei den freien, herstellerunabhängigen LG, die mit keinem Lieferanten in ständigen Geschäftsbeziehungen stehen, sondern von Fall zu Fall mit jedem vom Kunden gewünschten Produzenten in Kontakt treten. Da sich bei der letztgenannten Form des Mobilien-Leasing der LN den Fabrikanten selbst auswählt, wäre es unbillig, wollte man die finanzierende Bank mit Einwendungen belasten, deren Ursache ein Verkäufer zu vertreten hat, auf dessen Auswahl sie keinerlei Einfluß nimmt. Es erweist sich demnach als sinvoll, das vom BGH entwickelte Abgrenzungskriterium einer auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehung auch bei Finanzierungs-Leasing-Verträgen heranzuziehen, und den Einwendungsschutz des LN

168) Beispiel: VW-Leasing GmbH -- VW Finanzierungs-Gesellschaft -- VW AG.

entsprechend auszurichten. Einwendungen des LN bei Mängeln des Leasing-Gutes können daher nur dann gegenüber dem Finanzierungsinstitut wirksam vorgebracht werden, wenn dieses zu dem Verkäufer in dauernden Geschäftsbeziehungen[169] steht und im Außenverhältnis zusammen mit dem Verkäufer als Wirtschaftseinheit auftritt, wie es beispielsweise bei herstellerorientierten Leasing-Geschäften der Fall ist, nicht aber dann, wenn die finanzierende Bank keinerlei Einfluß auf die Wahl des Verkäufers ausübt, wie es bei Verträgen, die von herstellerunabhängigen Gesellschaften vermittelt werden, üblich ist.

Die gleichen Grundvoraussetzungen gelten für Einwendungen des LN gegen die finanzierende Bank, soweit die Nutzung der Ausrüstung durch die LG rechtswidrig beeinträchtigt wird. Einwendungen, die in den Rechtsbeziehungen LN - LG ihre Ursache haben, können der Bank entgegengehalten werden, wenn sie und die LG in einer auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehung stehen und dem Käufer wirtschaftlich als Einheit erscheinen. Diese Voraussetzungen sind bei herstellergebundenen LG in der Regel erfüllt, liegen aber auch bei kundenorientierten Gesellschaften vor, die zu einem Kreditinstitut ständige Geschäftsbeziehungen unterhalten.

Analoge Anwendung auf Finanzierungs-Leasing-Verträge verdienen auch die beiden weiteren zum Einwendungsschutz des Teilzahlungskäufers entwickelten Grundvoraussetzungen. Es erscheint sachlich gerechtfertigt und erweist sich außerdem als praktikables Abgrenzungskriterium, in entsprechender

---

169) Steht die finanzierende Bank zu dem Verkäufer nicht in "dauernden" Geschäftsbeziehungen, so wird man dem LN den Einwendungsschutz nur dann zubilligen können, wenn der Verkäufer als Erfüllungsgehilfe, § 278 BGB, des Finanzierungsinstituts bei der Vermittlung des Bankkredits in Erscheinung tritt.

Weiterentwicklung des vom BGH aus § 8 AbzG abgeleiteten allgemeinen Rechtsgedankens[170], einen als Kaufmann im Handelsregister eingetragenen LN nicht in den Kreis der Schutzberechtigten aufzunehmen. Von ihm ist gleichermaßen wie von einem im Handelsregister eingetragenen Abzahlungskäufer zu erwarten, daß er die Zusammenhänge des unter Beteiligung verschiedener Vertragskontrahenten zustandegekommenen Vertrages durchschaut. Ihm ist, im Gegensatz zu einem im Wirtschaftsleben unerfahrenen Kunden, der Einwand zu versagen, er habe nach dem äußeren Erscheinungsbild darauf vertrauen dürfen, daß die finanzierende Bank und die LG auch rechtlich eine Einheit mit dem Verkäufer bilde. Soziale Erwägungen, wie sie bei der Ausgestaltung des Einwendungsschutzes zum Vorteil des geschäftsungewandten Käufers mit entscheidend waren[171], greifen bei einem im Handelsregister eingetragenen Kaufmann nicht ein. Einwendungsschutz zu versagen ist schließlich bei Finanzierungs-Leasing-Verträgen auch einem LN, selbst wenn er nicht im Handelsregister als Kaufmann eingetragen ist, für den Fall, daß die AGB der Leasing-Verträge die rechtlichen Zusammenhänge "klar offenbaren" und der LN "auch bei nur flüchtiger Betrachtung" des in der Regel von der LG zur Unterzeichnung vorgelegten Vertragsmusters ohne weiteres entnehmen muß, daß er die Leasing-Raten auch dann an die Bank zu entrichten hat, wenn der Leasing-Gegenstand nicht oder schlecht geliefert wird. Der innere Grund dieses in Anlehnung an die Rechtsprechung zum finanzierten Kauf zu übernehmenden Rechtssatzes liegt darin, daß dem Erwerber unter den genannten Voraussetzungen erkennbar wird, daß die finanzierende Bank und der Verkäufer bzw. die

---

170) Vgl. über den Zweck der in § 8 AbzG enthaltenen Einschränkung Crisolli-Ostler, § 8 Anm. 1

171) Vgl. BGH NJW 1957, 17 (19)

LG nach außen nicht als Wirtschaftseinheit sondern als getrennte Vertragspartner mit dem LN kontrahieren, womit jede sachliche Grundlage zur Rechtfertigung eventueller Einwendungen gegenüber der Bank wegen fehlerhafter Sachbeschaffenheit oder Nutzungsbeeinträchtigung durch die LG entfällt.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die vom BGH entwickelten Grundsätze zum Schutze des Abzahlungskäufers auch bei Finanzierungs-Leasing-Verträgen entsprechende Anwendung verdienen, da die Interessensituation vergleichbar ist. Ein Rechtfertigungsgrund für eine Belastung der Bank mit Einwendungen aus dem Kaufvertrag ist nur dann gegeben, wenn diese mit dem Verkäufer eine Wirtschaftseinheit bildet. Entsprechend diesem Kriterium sind die bislang im Wirtschaftsleben anzutreffenden Leasing-Formen in herstellergebundene und herstellerunabhängige Geschäfte zu unterteilen. Bei herstellergebundenen Leasing-Geschäften erscheint es gerechtfertigt, dem LN Einwendungsschutz zu gewähren, da Verkäufer und Bank nach außen, vertreten durch die LG, als Einheit in Erscheinung treten. Entgegengesetzt ist die Interessenlage bei herstellerunabhängigen Leasing-Geschäften, deren Eigenart darin zutage tritt, daß der Kontakt zum Verkäufer auf Initiative des LN, aber ohne Zutun der Bank zustande kommt. Es ist daher nicht mehr als recht und billig, wenn der Verkäufer wegen mangelhafter Sachbeschaffenheit an den eigens von ihm erwählten Käufer verwiesen wird. Entsprechende Rechtsgrundsätze gelten für Einwendungen aus den Rechtsbeziehungen LN - LG.

Da bei der Ausgestaltung des Einwendungsschutzes auch die Interessen der Bank gebührend zu berücksichtigen sind, ist es gerechtfertigt, den einwendungsberechtigten Personenkreis auf solche im Wirtschaftsleben unerfahrene Kunden zu begrenzen und Kaufleute, die im Handelsregister eingetragen

sind, auszuklammern, sowie der Bank zu gestatten, durch deutlich erkennbaren Hinweis das Einwendungsrecht auszuschließen.

Schließlich ist dem LN die Einwendung wegen mangelhafter Sachbeschaffenheit nur dann zuzubilligen, wenn er zuvor vergeblich versucht hat, vom Verkäufer Abhilfe zu erlangen, und wenn dieser entweder mit seiner Leistung in Verzug gerät oder eine Abhilfe endgültig ablehnt.

Man wird außerdem dem LN unter der Voraussetzung, daß er Leasing-Raten bereits im voraus entrichtet hat, anstelle des dann nutzlosen Einwendungsrechtes ein Rückforderungsrecht nach den Regeln einer ungerechtfertigten Bereicherung entsprechend dem Zeitraum zubilligen müssen, in dem die Benutzung seines Leasing-Gutes beeinträchtigt ist.

"Mietkauf" und "Kraftfahrzeug-Leasing"

Die Interessensituation der Mietkauf- und Kraftfahrzeug-Leasing-Verträge stimmt mit derjenigen der Finanzierungs-Leasing-Verträge überein. Beide Vertragsformen sind gleichfalls Finanzierungsgeschäfte. Die vorstehend aufgeführten Inhaltsgrenzen gelten daher entsprechend.

g) Schriftformklauseln[172)]

Die Schriftformklausel ist ein selten fehlender Bestandteil AGB. Nahezu alle Formularverträge, in die eingesehen werden konnte, enthalten Zusätze wie "mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen", "Änderungen und Ergänzungen des Vertrages müssen schriftlich erfolgen" oder "mündliche Nebenabreden haben nur Gültigkeit, wenn sie schriftlich bestä-

172) Insbesondere: Eisner, Die Schriftformklausel in der Praxis, NJW 1969, 118; Reichel, Die Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB), AcP 104 (= 1909), 1; Schmidt-Salzer, Rechtsprobleme der Schriftformklausel, NJW 1968, 1257.

tigt werden". Schriftformklauselm in AGB sind zulässig. Sie haben den Sinn, Verträge, denen die Parteien besonderes Gewicht beimessen, in schriftlicher Form abzuschließen, damit im Streitfall der Inhalt der Vereinbarung klar zutage tritt. Dem Bedürfnis nach Klarheit und Unzweideutigkeit rechtsgeschäftlicher Absprachen hat der Gesetzgeber des BGB wie zuvor auch das Preußische Allgemeine Landrecht[173] Rechnung getragen und in § 125 S. 2 BGB den Parteien die Schriftformklausel als Instrument privatautonomer Gestaltung zur Hand gegeben. Die Gültigkeitsbestimmung des § 125 S. 2 BGB besagt, daß der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat. Anders als im Bereich des gesetzlich geregelten Formzwanges, bei dem jede Vertragsänderung formbedürftig und die Formfreiheit in vollem Umfang aufgehoben ist, sind die Vertragspartner bei der Errichtung einer von ihnen selbst errichteten Formschranke "souverän". Sie können die Tragweite und den Geltungsbereich der Formabrede frei festlegen und bestimmen, ob der gesamte Vertrag oder einzelne Teilabreden von besonderem Gewicht formbedürftig sein sollen; es steht ihnen ferner frei, der Formabrede entweder konstitutive oder bloß deklaratorische Wirkung beizumessen, und damit zu bestimmen, ob die Gültigkeit der Vereinbarung von der Einhaltung der Form abhängt, oder mit der Form lediglich ein Beweismittel für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts geschaffen wird. Soll die Einhaltung der Form nur als Beweismittel für den Abschluß des Rechtsgeschäftes gelten, so ist der mündlich geschlossene Vertrag auch ohne schriftliche Fixierung von Anfang an wirksam. Ist die Formabrede indessen Gültigkeitsvoraussetzung des Vertrages, so kommt der mündlich getroffenen

---

173) Pr.ALR I, 5 § 117

Vereinbarung keine bindende Wirkung zu; erst mit der Erfüllung der Schriftform wird der Vertrag bindend. Da im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob die vereinbarte Form Beweiszwecken dienen oder Gültigkeitsvoraussetzung sein soll, erschien es dem Gesetzgeber angebracht, eine Auslegungsregel dahin aufzustellen, daß "im Zweifel" die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes als durch die Beobachtung der Form bedingt und damit als Gültigkeitsvoraussetzung anzusehen ist[176], § 125 S. 2 BGB. Wenn also die Parteien eine Schriftformklausel vereinbaren, ist, sofern die Vertragspartner einen gegenteiligen Willen nicht zu erkennen geben, d.h. im Regelfall, davon auszugehen, daß sie nicht lediglich ein Beweismittel für das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes schaffen, sondern die Schriftform zum Gültigkeitserfordernis erheben. Diese Auslegungsregel hat die Rechtsprechung bestätigt und die privat vereinbarte Schriftform als Gültigkeitsabrede gewertet.[177] Beachten die Vertragspartner die von ihnen festgelegte Schriftform nicht und treffen ungeachtet der vereinbarten Selbstbindung vertragsergänzende, mündliche und daher formlose Nebenabreden[178], so entsteht eine Kollision zwischen dem formgültig abgefaßten Vertrag und einer widersprechenden oder ergänzenden formlosen Nebenabrede. Wie diese Konfliktsituation zu lösen ist, ob eine in AGB enthaltene Schriftformklausel der Wirksamkeit mündlicher Abreden nicht entgegensteht und infolgedessen praktisch wertlos ist, oder ob die Formklausel jeder mündlichen Änderungsabrede erfolgreich entgegengehalten werden kann, und daher ein wirksames Instrument ist, um im Streifalle einem Kontrahenten ein mündlich eingeräumtes Recht wieder zu nehmen, darüber sind die Meinungen geteilt. Während Flu-

---

176) Motive zum Allgemeinen Teil des BGB, in Mugdan Bd. I, S. 452 Nr. 3

177) BGH NJW 1968, 32 (33)

178) Das Problem tritt nicht auf bei selbständigen Nebenabreden.

me[179] und Schmidt-Salzer[180] der mündlichen Nebenabrede den Vorrang geben, verstößt nach Auffassung Eisners[181] eine mündliche Vertragsergänzung, von Ausnahmen abgesehen, gegen das Formerfordernis des § 125 S. 2 BGB und ist daher nichtig.

Auch in der Rechtsprechung zeigt sich ein keineswegs einheitliches Bild: Vertraut ein Vertragspartner auf den mündlich vereinbarten Vertragsinhalt, so gewinnt der Vertrag aus seiner Sicht plötzlich einen ganz anderen Inhalt, wenn der formlosen Abrede unter Berufung auf eine Schriftformklausel die Wirksamkeit versagt wird. Schließen z.B., wie es in einem Streitfalle geschehen war, die Parteien einen Vertrag über den Ankauf von Möbeln und sichert ein Vertreter des Verkäufers ausdrücklich zu, die Lieferung der Möbel erfolge noch vor Weihnachten, so ist die formlose Zusicherung aus der Sicht des Käufers Vertragsbestandteil. Lassen indessen die AGB des Verkäufers mündliche Nebenabreden nicht zu und legen fest, daß die Lieferzeiten unverbindlich und nur als Richtzeiten gedacht sind, so ändert sich aus der Sicht des Käufers die Vertragsgrundlage, falls die formlose Zusicherung des Verkäufer-Vertreters unwirksam ist. Das Bundesarbeitsgericht[182], das über die Verbindlichkeit der mündlichen Zusicherung zu befinden hatte, entschied, die Nebenabrede verstoße gegen das Formerfordernis und sei schlechthin unwirksam. In Fortsetzung der Rechtsprechung des Reichsgerichts[183] sieht der BGH[184] indessen eine

---

179) Flume, § 15 III 2;

180) Schmidt-Salzer, NJW 1968, 1257 (1259, 1260)

181) Eisner NJW 1969, 118 (121) mit Ausnahme derjenigen Fälle, bei denen die Rechtsprechung bei gesetzlich vorgesehener Schriftform den Einwand unzulässiger Rechtsausübung zugelassen habe und in solchen Fällen, in denen mündliche Vereinbarungen unstreitig sind.

182) BAG NJW 1967, 751, 3

183) RG 95, 175 (176)

184) BGH NJW 1965, 293

Abrede, die unter Verletzung der einverständlich errichteten Formschranke von den Beteiligten in Geltung gesetzt wird, grundsätzlich als verbindlich an. Ausschlaggebend soll sein, daß die Parteien übereinstimmend die Maßgeblichkeit des Vereinbarten gewollt, d.h. sich einig waren, für ihre vertraglichen Beziehungen neben dem Urkundeinhalt auch eine bestimmte mündliche Abrede gelten zu lassen. Durch die neue bindende Einigung seien alle dieser entgegenstehenden früheren Abmachungen überholt, also auch die Schriftform. Demgegenüber sei unerheblich, ob sich die Parteien daran erinnern, ob sie von dem früheren Vertrag in einzelnen Punkten abweichen. Entscheidend sei allein der von Willensmängeln unbeeinflußte neue Vertrag. Unlängst hat der BGH[185] den Grundsatz der Vorrangigkeit der abändernden oder ergänzenden mündlichen Nebenabrede eingeschränkt und versagte dem Käufer eines Neuwagens wegen Verstoßes gegen ein in AGB vereinbartes Formerfordernis eine Berufung auf eine mündlich getroffene Abrede über die Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens, da die Parteien verabsäumt hatten,deutlich und zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen, daß die Abrede ungeachtet der Formklausel gelte. Nicht als verbindlich erkennt der BGH[186] auch solche Nebenabreden an, die schon v o r einer Einführung AGB mit Schriftformklausel getroffen waren. Nach einer Entscheidung des LG Hamburg[187] verdient eine Partei, die angesichts eines Formularvertrages mit Schriftformklausel für eine schriftliche Niederlegung einer dem Vertragsschluß vorhergehenden mündlichen Zusicherung nicht gesorgt hat, ebenfalls keinen Schutz.

---

185) BGH NJW 1968, 32
186) BGH DB 1964, 258
187) LG Hamburg, MDR 1967, 594

Kollisionen zwischen formgültig abgefaßtem Vertrag und einer widersprechenden oder ergänzenden formlosen Abrede können, wie die Rechtsprechungsübersicht erkennen läßt, in zwei unterschiedlichen Fallgestaltungen auftreten und geben zu abweichenden Rechtsfragen Anlaß: Ist eine nach Unterzeichnung AGB mit Formklausel getroffene mündliche Nebenabrede wegen Formmangels nichtig und zweitens, kommt einer vor Unterzeichnung AGB mit Schriftformklausel getroffenen mündlichen Nebenabrede Wirksamkeit zu, wenn eine nachträgliche, schriftliche Vervollständigung des Vertragstextes unterbleibt?

Schriftformklauseln dienen der Klarheit und Unzweideutigkeit rechtsgeschäftlicher Absprachen. Sie verfolgen also ein Ziel, dessen Verwirklichung sowohl den Interessen des Aufstellers als auch denjenigen des den AGB unterworfenen Vertragsteils entspricht. Aus dieser Sicht erscheint daher eine Aufnahme der Schriftformklausel in AGB grundsätzlich gerechtfertigt, sie schafft eine verbindliche Schranke.[188] Eine nachträgliche formlose Änderung oder Ergänzung eines mit Schriftformklausel in AGB geschützten Vertrages setzt daher zu ihrer Wirksamkeit voraus, daß die Parteien, sei es ausdrücklich durch gesonderten Abschluß eines auf die Aufhebung der Formabrede gerichteten Vertrages[189] oder konkludent mit Abschluß der neuen Vereinbarung[190] eine rechtsgeschäftliche Formbindung durch formlose Vereinbarung außer Kraft setzen können.

Eisner[191] sieht in der Schriftformklausel grundsätzlich ein Gültigkeitserfordernis für jede künftige Abänderung des Vertrages. Eine nachträgliche mündliche Nebenabrede sei nichtig, selbst wenn die

188) a.A. Schmidt-Salzer, NJW 1968, 1257 (1259 f.)
189) So Reichel, AcP 104, 1 (19)
190) So BGH NJW 1965, 293
191) Eisner, NJW 1969, 118

Parteien später die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung übereinstimmend gewollt, jedoch von einer schriftlichen Niederlegung des geänderten Vertragswillens Abstand genommen hätten. Eine befriedigende Lösung des Problems der Schriftformklausel müsse den wirklichen Willen der Parteien zur Zeit des Abschlusses der ursprünglichen Vereinbarung zugrundelegen. Eine gegenteilige Auffassung führe zu unbilligen Ergebnissen. Das zeige sich an folgendem Beispiel[192]: "Der Kläger (oder Beklagte) behauptet z.B., einige Zeit nach Vertragsschluß hätten die Parteien mündlich eine Abänderung des Vertrages vereinbart und seien sich ausdrücklich darüber einig gewesen, daß der Vertrag fortan zu den abgeänderten Bedingungen gelten solle; als dann entsprechend der mündlich vereinbarten Abänderung habe verfahren werden sollen, habe die Gegenpartei sie in Abrede gestellt; zum Beweise für die behauptete, mündliche Abänderung beruft er sich auf das Zeugnis des X, der seine Behauptung bestätigt. Die Gegenpartei vermag naturgemäß Gegenbeweis für das Nichtvorliegen eines Vorganges, den sie bestreitet, nicht zu führen. Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage für den Ausgang des Rechtsstreites wird das Gericht den Zeugen gemäß § 391 ZPO beeiden müssen. Wenn nicht besondere Gründe für die Unglaubwürdigkeit des Zeugen vorliegen, wird das Gericht kaum einen Anlaß haben, die Gegenpartei über den Vorgang eidlich zu vernehmen (§§ 448, 452 ZPO); es wird den Beweis durch die eidliche Bekundung des Zeugen als erbracht ansehen müssen ..." Die beabsichtigte Schutzwirkung der Schriftformklausel habe somit versagt, und eine Abänderung des Vertrages werde durchgesetzt, die nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien zur Zeit des Abschlusses des Ver-

192) Eisner, NJW 1969, 118 (119)

trages auf diese Weise gerade nicht hätte erfolgen dürfen. Einmer ist zuzugeben, daß damit der Zweck der Schriftformklausel, als Gültigkeitsvoraussetzung eines Vertrages nicht erreicht wird. Das liegt aber daran, daß die Parteien übereinstimmend von der Bebbachtung der gesetzlich nicht vorgeschriebenen Form, über die sie allein zu bestimmen haben, absehen können[193], und daß dieser Umstand mit den gesetzlich zulässigen Mitteln beweisbar ist. Die durch Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form beruht nicht auf Gesetz, sondern auf Parteiwillkür und stellt den Vertragsparteien frei, das Formerfordernis jederzeit im Wege des "contrarius consensus" wieder auszuräumen.[194] Im Gegensatz zu den sonstigen Vertragsbestimmungen, die den materiellen Inhalt der Vereinbarung ausmachen, genießt die Formklausel selbst keinen Abänderungsschutz[195], sondern legt nur den äußeren Rahmen des Vertrages fest. Da die Einigung über die Schriftform nicht einer bestimmten Form bedurfte, ist auch ihre Aufhebung formfrei.[196]

Billigt man den Vertragsparteien zu, eine rechtsgeschäftliche Formbindung durch formlose Vereinbarung aufzuheben, so bleibt die Frage, ob jede nachträgliche Änderungsabrede konkludent die Schriftformklausel außer Kraft setzt[197], oder ob die mündliche Abrede den Willen der Parteien zur Aufhebung der Formklausel erkennen lassen muß.[198] Die Vorstellung, daß die rechtsgeschäftliche Bestimmung einer Form nicht einverständlich aufgehoben werden muß, übersieht einmal, daß dann die Schriftformklausel leerläuft[199] und jede mündlich

193) BGH NJW 1965, 293

194) Reichel, AcP 104, 1 (19)

195) 196) Schmidt-Salzer, NJW 1968, 1257 (1258)

197) So BGH NJW 1965, 293

198) So Schmidt-Salzer, NJW 1968, 1257 (1258)

199) So aber BGH NJW 1965, 293; Flume, § 15 III, 2 und im Schlußergebnis auch Schmidt-Salzer, NJW 1968, 1260

getroffene Änderungsabrede ungeachtet der Formklausel formlos wirksam wird, und zum anderen beruht sie auf der Fiktion, daß die Parteien die in den AGB gesetzte Regelung willentlich aufgehoben haben. Entgegen der Ansicht des BGH[200] kann daher keineswegs davon ausgegangen werden, daß durch jede spätere, von den Parteien als bindend betrachtete Einigung alle ihr entgegenstehenden früheren Abmachungen, also auch die Geltung der Schriftform, überholt und bedeutungslos seien. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgeschäftslehre muß eine mündliche, dem Hauptvertrag widersprechende Nebenabrede unwirksam sein, falls die Parteien nicht den Willen erkennen lassen, daß die Formbindung einverständlich aufgehoben sein soll. Die Geltung der schriftlichen Form kann von den Vertragsteilen allgemein oder für den einzelnen Fall entweder ausdrücklich oder auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen außer Kraft gesetzt werden, die erkennen lassen, daß das ohne Einhaltung der vereinbarten Form Besprochene nicht eine Vorverhandlung, sondern schon eine bindende Vereinbarung sein soll.[201] Das Kollisionsproblem zwischen schriftlich abgefaßtem Vertrag und nachfolgender formloser Änderungsabrede ist somit im Wege der Auslegung zu lösen. Lassen die Vertragschließenden den Willen erkennen, daß die mündlich getroffene Abrede ungeachtet der Formbindung gelten soll, so ist diese Schranke im Wege des contrarius consensus[202] aufgehoben. Kommt ein Aufhebungswille bei der mündlichen Zusatzvereinbarung nicht zweifelsfrei zum Ausdruck, so gilt die Formabrede uneingeschränkt fort.[203] Ein Aufhebungswille kann

---

200) BGH NJW 1965, 293
201) Vgl. RG Warn 1912, Nr. 367
202) Vgl. Reichel, AcP 104, 1 (19)
203) BGH NJW 1968, 32 (33)

auch stillschweigend, insbesondere durch schlüssiges Verhaltens zum Ausdruck gebracht werden; eine solche schlüssige Handlung, welche mindestens ein starkes Indiz für die Unterstellung dieses Willens liefert, ist beispielsweise die tatsächliche Bewirkung einer in der Nebenabrede vereinbarten Leistung.[204] Bringt indessen einer der Beteiligten zum Ausdruck, daß die mündliche Vereinbarung in Zukunft erst noch schriftlich bestätigt werden soll, so haben die Parteien die Selbstbindung und damit die Schriftform als Gültigkeitserfordernis noch nicht einverständlich ausgeräumt und die mündliche Nebenabrede noch nicht in Geltung gesetzt;[205] sie hat den Bereich der mündlichen Vorverhandlung noch nicht verlassen. Zweifel über die Willenseinigung der Parteien gehen zu Lasten desjenigen, der sich auf die mündliche Nebenabrede beruft.[206]

Im praktischen Ergebnis ist eine nach Wirksamwerden der AGB mit Schriftformklausel getroffene mündliche Nebenrede wegen Formmangels nichtig, es sei denn, es ließe sich im Wege der Auslegung ermitteln, daß die Vertragsparteien die Schriftformklausel einverständlich aufgehoben haben, so daß das ohne Einhaltung der Form Besprochene nicht als mündliche Vorverhandlung, sondern schon als bindende Einigung anzusehen ist. Zweifel bei der Auslegung gehen zu Lasten desjenigen, der sich auf die formlose Nebenabrede beruft.

Wurde dagegen vor Unterzeichnung AGB mit Schriftformklausel eine formlose Nebenabrede getroffen, so stellt sich das Problem aus einem anderen Blickwinkel. Nach einer Entscheidung des BGH[207] be-

---

205) Vgl. BGH NJW 1968, 32 (33)
204) Vgl. Reichel, AcP 104, 1 (19)
206) BGH NJW 1968, 32 (33)
207) BGH DB 1964, 258

wirkt die Formklausel, daß Vereinbarungen, die eine nachträgliche schriftliche Bestätigung nicht finden, keine Geltung für das Vertragsverhältnis zukommt. Das LG Hamburg[208] begründet sein im gleichen Sinne lautendes Urteil damit, daß eine Partei, die es unterläßt, auf eine vollständige schriftliche Fixierung zu dringen, keinen Schutz verdiene; etwas anderes gelte für den Fall, daß ein Vertragsteil den anderen arglistig von der Wahrung der Schriftform abgehalten habe. Zweifelsfrei kann ein Vertragsbeteiligter dem anderen mit dem Einwand der Arglist begegnen, falls er treuwidrig von der Einhaltung der vereinbarten Form abgehalten wird. Dieser Fall wird jedoch nur in besonders gelagerten Ausnahmesituationen akut. Auch trifft eine auf das Nichtvorliegen eines arglistigen Verhaltens abgestellte Argumentation nicht den Kern des Kollisionsproblems zwischen vorhergehender mündlicher Nebenabrede und später in AGB pauschal vereinbarter Schriftform. Eine vor Einführung der Schriftformklausel getroffene Nebenabrede, sofern die Parteien sie nicht als bloße unverbindliche Vorverhandlung, sondern bereits als Vertragsbestandteil ansahen, davon ist auszugehen, wurde einverständlich in Geltung gesetzt. Es bedarf daher, sollte sie unbeachtlich werden, eines ausdrücklichen oder zumindest stillschweigend erklärten beiderseitigen Willens, gerichtet auf ihre Aufhebung; andernfalls ist sie uneingeschränkt verbindlich. Prüfstein dafür, ob die formlose Nebenabrede nachträglich unwirksam wird, ist der Wille der beiden Vertragskontrahenten. Er kommt einmal in der mündlichen Abrede und zum anderen in der nachträglichen Errichtung einer Formschranke, verbunden mit dem Unterlassen nachträglicher Protokollierung der im Zeitpunkt vorvertraglicher Beziehungen getroffenen formlosen Vereinbarung zum

208) MDR 1967, 594

Ausdruck. Dieser Umstand läßt zwei Auslegungsvarianten Raum: Die Parteien bezweckten eine Aufhebung des ursprünglich formlos Vereinbarten und zweitens, sie unterließen es versehentlich, den Vertragstext um die mündliche Abrede zu vervollständigen oder, was diesem gleichkommt, sie hielten eine Vervollständigung des Vertragstextes für überflüssig. Das nachträgliche Aufstellen der Schriftformklausel besagt nicht zwingend, daß bereits bestehendes Recht außer Kraft gesetzt wird. Sofern nicht aus dem weiteren Verhalten der Parteien der Wille zum Verzicht auf die mündliche Nebenabrede ersichtlich wird, dürfte es auch zu weit gehen, aus dem Unterlassen der nachträglichen Aufnahme einer formlosen Nebenabrede in den Vertragstext, den Willen zur Aufgabe einer wirksam in Geltung gesetzten formlosen Vereinbarung herzuleiten.[209] Zu bedenken ist außerdem, daß vor der Einführung der AGB mit Schriftformklausel bereits ein vertragliches Vertrauensverhältnis unter den Beteiligten bestand und daß ein Vertragsteil, der für ihn wichtige Punkte in der mündlichen Verhandlung geregelt hat, in seinen berechtigten Erwartungen getäuscht würde, wollte man mündliche Zusicherungen und Absprachen wegen Nichtbeachtung damals noch nicht bestehender Formschranken nachträglich mit Hilfe AGB ihre Wirksamkeit nehmen.

---

209) Vgl. RG 68, 15. Dort wird die Wirksamkeit einer vorhergehenden mündlichen, im schriftlichen Vertrag nachträglich nicht fixierten Abrede unter Erörterung der Beweisfragen anerkannt; hingegen gewähren Krüger-Nieland, RGRK Anm. 35 zu § 125, nur ein Anfechtungsrecht, um die "Vermutung der Richtigkeit" des schriftlichen Vertrages auszuräumen; nach Staudinger-Coing, Rdn. 8 zu § 125, läßt die Nichtprotokollierung der mündlichen Abrede einen Aufhebungswillen vermuten.

Würde AGB mit Schriftformklausel auch rückwirkend Geltung zuerkannt, so stünde dem Aufsteller AGB mit der Errichtung des Formzwanges ein wirksames Instrument zur Hand, um dem anderen Vertragsteil in der Vergangenheit mündlich eingeräumte Rechte zu nehmen, ein Ergebnis, das mit dem Gedanken, Schranken gegen jene AGB zu errichten, die nicht nur einer Vereinfachung und Vereinheitlichung von Rechtsgeschäften dienen, sondern einseitige und unberechtigte Vorteile zu Lasten des den AGB unterworfenen Vertragskontrahenten zur Folge haben, in Widerspruch geriete.

Entgegen der Ansicht des BGH[210] kann daher nicht davon ausgegangen werden, daß eine nachträglich mit Hilfe AGB in ein Vertragsverhältnis eingeführte Formklausel vorhergehenden Zusicherungen, die eine nachträgliche schriftliche Bestätigung nicht finden, ihre Rechtswirksamkeit nimmt.

VI. Steuerrechtliche Problematik

1. Stand der Meinungen

Hat ein LN weniger Steuern zu entrichten als ein Käufer, der den Erwerb eines vergleichbaren Wirtschaftsgutes mit Fremdmitteln finanziert? Betrachtet man die von Binder[211], Krause[212] und dem Institut für Finanzen und Steuern[213] erstellten Vergleichsrechnungen, so bieten Finanzierungs-Leasing-Verträge unter bestimmten Voraussetzungen in der Tat eine steuergünstige Alternative zum finanzierten Kauf. Bezugspunkt ihrer Überlegungen, die zu einer unterschiedlichen Besteuerung wirtschaftlich

210) BGH DB 1964, 258
211) Binder, S. 20 ff.
212) Krause, S. 24 ff.
213) Institut Finanzen und Steuern, S. 39 ff.

gleichwertiger Sachverhalte führen, ist die steuerrechtliche Anerkennung der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Finanzierungs-Leasing-Vertrages als Mietverhältnis. Sollte es zutreffen, daß der Leasing-Vertrag entsprechend seiner zivilrechtlichen Ausgestaltung steuerrechtlich zu veranlagen ist, so führt auch die hier vertretene These, daß der Vertrag nicht als Kauf, sondern als Vertragstyp eigener Art einzuordnen ist, gleichermaßen wie die Zuordnung als bürgerlich rechtlicher Mietvertrag zu dem Ergebnis, daß sich gewisse Steuernachteile im Vergleich zum Kauf vermeiden lassen. Beide Male eröffnen sich unter der Voraussetzung, daß die zivilrechtliche Vertragsform auch im Steuerrecht uneingeschränkte Anerkennung findet, steuerliche Vergünstigungen, die ihre Ursache darin haben, daß ein Mieter, Pächter oder sonst Nutzungs- oder Gebrauchsberechtigter nicht, wie es beim Käufer der Fall ist, als Eigentümer sondern als Fremdbesitzer besteuert wird. Im Verlauf der weiteren Untersuchung werden Art und Höhe der Vergünstigung aufgezeigt und erläutert, die sich einstellen, falls man den Finanzierungs-Leasing-Vertrag, sei es als Vertrag eigener Art oder als Miete, zivilrechtlich einordnet und dieser Rechtsnatur auch im Steuerrecht Geltung verschafft.

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, diese Steuervorteile auszuschalten. Verständlicherweise ist die Finanzverwaltung bemüht, einheitliche Richtlinien aufzustellen, um den steuerlichen Ungleichheiten zu begegnen. Auch diese Richtlinien und Finanzerlasse werden anschließend dargestellt und anhand allgemeiner im Steuerrecht maßgeblicher Bewertungsgrundsätze überprüft.

Bewertet man den Finanzierungs-Leasing-Vertrag entsprechend seiner zivilrechtlichen Gestalt, so ergeben sich die in der nachfolgenden Gegenüberstellung aufgezeigten Steuervorteile. Diese können

sich bei verschiedenen Steuern auswirken. Die Untersuchung gliedert sich deshalb nach einzelnen Steuergebieten. Der Vertrag berührt mehrere Steuerpflichtige: die LG, die Refinanzierungsbank und den LN. Die steuerlichen Auswirkungen bei ihnen sind naturgemäß unterschiedlich. Die Darstellung beschränkt sich jedoch auf die steuerlichen Überlegungen, die ein Unternehmer anzustellen hat, der sich zum Finanzierungs-Leasing entschließt. Nur soweit es zum Verständnis der steuerlichen Vergleichsrechnung erforderlich erscheint, berührt sie auch die übrigen Beteiligten.

2. Steuervorteile nach zivilistischer Betrachtungsweise

a) Einkommen- und Körperschaftssteuer

Setzt ein Unternehmen eigene Produktionsmittel ein, so hat es diese mit ihren Anschaffungs- oder Herstellungskosten in seiner Steuerbilanz zu aktivieren. Es kann auf das Investitionsobjekt die Absetzung für Abnutzung (AfA) nach Maßgabe des § 7 EStG vornehmen. Hat es die Maschinen mit Kredit hergestellt oder erworben, so kann es zusätzlich in seiner Einkommen- und Körperschaftssteuerbilanz als Betriebsausgaben die von ihm gezahlten Kreditzinsen gewinnmindernd berücksichtigen, § 4 Abs. 4 S. 1 EStG. Arbeitet wie beim Finanzierungs-Leasing-Vertrag ein Unternehmen mit fremden Produktionsmitteln, so sind diese Ausrüstungen in der Steuerbilanz nicht auszuweisen. Die zu zahlenden Raten werden als Betriebsausgaben passiviert, § 4 Abs. 4 S. 1 EStG. Ausgangspunkt eines einkommen- und körperschaftsteuerrechtlichen Vergleichs zwischen finanzierten Kaufverträgen und Finanzierungs-Leasing-Verträgen sind daher AfA- und Finanzierungszinsen auf der einen und die als Betriebsausgaben anzusetzenden Leasing-Raten auf der anderen Seite. Infolge der einschränkenden Be-

wertungsvorschrift des § 7 EStG, die eine Abschreibungshöchstgrenze zwingend vorschreibt, kann die steuerlich zulässige AfA geringer sein als die tatsächliche Abnutzung im Veranlagungszeitraum. Dies gilt insbesondere, seit der Gesetzgeber die degressive AfA erheblich eingeschränkt hat. Hingegen enthält die Vorschrift des § 4 Abs. 4 S. 1 EStG, in der die absetzbaren Betriebsausgaben ihre gesetzliche Normierung finden, falls der Unternehmer mit fremden Produktionsmitteln arbeitet, keine Abschreibungshöchstgrenze und gewährt dem Steuerzahler die Absetzung der tatsächlich anfallenden Betriebsausgaben. Dadurch hat der LN die Möglichkeit, die effektive Wertminderung durch Vereinbarung einer entsprechend kalkulierten Leasing-Rate "abzuschreiben" und steht sich insofern günstiger als ein Käufer, der gehindert ist, über die Grenze des § 7 EStG hinaus tatsächlich anfallenden Wertverzehr gewinnmindernd anzusetzen.[214] Unterschreitet[215] die Laufzeit der Finanzierungs-Leasing-Verträge die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer[216],

---

214) Ursächlich für die unterschiedliche Besteuerung ist die Diskrepanz zwischen § 4 und § 7 EStG. Während sich § 4 EStG an den tatsächlich anfallenden Betriebsausgaben orientiert, enthält § 7 EStG eine Normung der Abschreibungsdauer und der Abschreibungssätze, die nicht an den wirklichen Substanzverlust anknüpft, sondern sich an einer gedachten Größe willkürlich ausrichtet. Durch das StÄndG vom 30.7.1960 (BGBl 1960 I, 617) wurde der Höchstsatz der degressiven AfA auf das Zweifache des linearen AfA-Satzes, höchstens auf 20 v. H. herabgesetzt. Nach Ansicht der Bundesregierung ging der bis dahin zugelassene AfA-Satz über das betriebswirtschaftlich notwendige Maß hinaus. Die Herabsetzung erfolgte in der Annahme, mit der Senkung des AfA-Satzes eine konjunkturdämpfende Wirkung zu erzielen (Bundestagsdrucksache 1811 v. 30.4.1960, S. 9 f.). In Wirklichkeit erwies sich dieses Mittel als untaugliche Konjunkturbremse (vgl. die kritischen Ausführungen von Vogt, FR 1960, 437; Riebel, DB 1960, 729 und Herrmann-Heuer, § 7, Rdn. 28 e).

215) Der Erlaßentwurf des Bundesministers der Finanzen geht davon aus, daß es die Regel sei,

so ist ein Vorteil auch darin zu sehen, daß der LN die Leasing-Raten innerhalb eines kürzeren Zeitraumes als Betriebsausgaben absetzen kann, als dies einem Käufer gestattet wäre.[217] Schließlich steht den Vertragsparteien die Möglichkeit offen, beispielsweise durch Vereinbarung anfänglich hoher und später fallender Raten, die Höhe und den Zeitpunkt der abzusetzenden Betriebsausgaben möglichst "steuersparend" zu kalkulieren und den Finanzierungs-Leasing-Vertrag als Instrument der Abschreibungspolitik einzusetzen.[218]

b) Vermögenssteuer

Arbeitet ein Unternehmen mit eigenen Wirtschaftsgütern, so hat es diese in der Vermögenssteuerbilanz zu aktivieren. Verwendet ein Unternehmen wie bei Finanzierungs-Leasing-Verträgen fremde Wirtschaftsgüter, so erscheinen sie in der Vermögenssteuerbilanz nicht, § 95 Abs. 1 BewG. Dieser Umstand muß sich nicht in jedem Fall steuergünstig auswirken; denn auch der Kauf ist grundsätzlich vermögenssteuerlich neutral. Es findet dabei lediglich eine Umschichtung des Betriebsvermögens statt, bei der sich die Aktivkonten (Kasse oder Bank) in Höhe des Kaufpreises mindern. Ein steuerlicher Vorteil kann sich beim Einsatz fremder Betriebsmittel daher nur dann ergeben, wenn eine vorherige Vermö-

---

daß die Laufzeit der Finanzierungs-Leasing-Verträge die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer der Investitionsgüter unterschreite, BB 1966, 1217.

216) Die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer, § 7 EStG, und damit der Zeitraum der Abschreibung für Abnutzung, bestimmt sich nach den vom Bundesminister der Finanzen herausgegebenen AfA-Tabellen.

217) Vgl. Binder, S. 20

218) Die Gestaltungsmöglichkeit bei der Abschreibung und damit die Lösung von den starren Bewertungsvorschriften des § 7 EStG sieht J. Thiel, BB 1967, S. 325 als den eigentlichen Vorteil des Finanzierungs-Leasing-Vertrages im Vergleich zum finanzierten Kauf an.

gensbildung erforderlich wird, wenn also eigene Mittel angesammelt werden, um die gewünschte Ausrüstung im Wege des Kaufs zu erlangen. Bei Kapitalgesellschaften ist außerdem denkbar, daß ein Unternehmen sein Eigenkapital für Investitionszwecke aufstockt, womit gleichzeitig eine Erhöhung der Vermögenssteuerbilanz verbunden ist. Eine Erhöhung des steuerpflichtigen Vermögens tritt hingegen dann nicht ein, wenn die Gesellschaft keine eigenen Ausrüstungsgüter einsetzt, sondern fremde Wirtschaftsgüter bevorzugt. Es bedarf dann weder einer Kapitalansammlung noch einer Kapitalerhöhung; es kommt also auch nicht zu einer Erhöhung des steuerlichen Vermögens. Mit Hilfe des Finanzierungs-Leasing-Vertrages kann also eine steuerlich relevante Veränderung der Vermögenssteuerbilanz verhindert werden. Das gleiche gilt allerdings auch zugunsten des finanzierten Kaufs, bei dem sich Verpflichtung und Vermögenszuwachs gegenseitig neutralisieren; eine vermögenssteuerliche Begünstigung kann daher nur im Vergleich zum Barkauf eintreten. Der Steuervorteil ist für Kapitalgesellschaften von besonderen Interesse, da die Vermögenssteuer gemäß § 12 Nr. 2 KStG zu den nicht abzugsfähigen Ausgaben zählt, während natürliche Personen die Vermögenssteuer als Sonderausgabe von ihren steuerlichen Einkünften abziehen können, § 2 Abs. 2 S. 1 i.V. mit § 10 Abs. 1 Ziff. 5 EStG.

Als vermögenssteuerlich relevanter Vorteil des Finanzierungs-Leasing-Vertrages im Vergleich zum finanzierten Kauf wird angesehen, daß die Finanzverwaltung bei der Bewertung zu Eigentum erworbener Wirtschaftsgüter auch dann, wenn es sich um voll genutzte Anlagen handelt, gewisse Restwerte ansetzt und außerdem bei der Teilwertermittlung unter gewissen Voraussetzungen Zuschläge zu den Werten der Vermögenssteuerbilanz wegen Preiserhöhung vornimmt. Bei der Verwendung betriebs-

fremder Wirtschaftsgüter tritt dieses Problem nicht auf.[219]

c) Gewerbesteuer

aa) Gewerbeertragssteuer

Die Gewerbeertragssteuer ist mit der Einkommen- und Körperschaftssteuer eng verbunden.[220] Nach § 7 GewStG ist Ausgangspunkt[221] für die Feststellung des Gewerbeertrages der nach den Vorschriften des Einkommen- oder des Körperschaftssteuergesetzes zu ermittelnde Gewinn aus Gewerbebetrieb, der bei Ermittlung des Einkommens für den Erhebungszeitraum zu berücksichtigen ist. Da insoweit der Gewerbeertrag auf dem Gewinn aus Gewerbebetrieb aufbaut, haben die zur Einkommen- und Körperschaftssteuer getroffenen Feststellungen auch für die Gewerbeertragssteuer Bedeutung und gelten entsprechend.

Einer besonderen Betrachtung bedarf bei der Gewerbeertragsteuer die Hinzurechnungsbestimmung des § 8 GewStG. Geht man von einer steuerrechtlichen Anerkennung der zivilrechtlichen Gestaltung des Finanzierungs-Leasing-Vertrages aus, so ist der LN gegenüber einem Käufer, der eigene Maschinen einsetzt, und nach § 8 Nr. 1 GewStG[222] bewertet wird, gewerbesteuerlich günstiger gestellt

---

219) Vgl. im einzelnen Scheffler, S. 173 ff. und Institut Finanzen und Steuern, S. 51

220) Vgl. Institut Finanzen und Steuern, S. 52 und Havermann, S. 101

221) Darüber, daß der Gewerbeertrag nur Ausgangspunkt der Gewinnermittlung, nicht aber gleichbedeutend mit dem Gewinn aus Gewerbebetrieb ist, vgl. im einzelnen Lenski-Steinberg, § 7 Anm. 1 und Blümich-Boyens-Steinbring-Klein-Hübl, § 7 Anm. 1.

222) § 8 GewStG: "Dem Gewinn aus Gewerbebetrieb (§ 7) werden folgende Beträge wieder hinzugerechnet, soweit sie bei der Ermittlung der Gewinne abgesetzt sind:
1. Zinsen für Schulden, die wirtschaftlich mt der Gründung oder dem Erwerb des Betriebs

da er gleich einem Mieter oder Pächter nach § 8 Nr. 7 GewStG[223] zu veranlagen ist. Es ergibt sich folgender Vergleichstatbestand: Arbeitet ein Unternehmen mit eigenen, auf Kredit gekauften Investitionsgütern, so erfolgt eine Hinzurechnung der Kreditzinsen zum Gewinn aus Gewerbebetrieb nach § 8 Nr. 1 GewStG. Vergleichsweise bestimmt sich die Gewerbeertragssteuer des LN nach § 8 Nr. 7 GewStG. Eine steuererhöhende Hinzurechnung findet dann nicht statt; denn Nr. 7 S. 2 der Vorschrift sieht vor, daß dann, wenn der Vertragsgegner ebenfalls Gewerbetreibender und damit gewerbesteuerpflichtig ist - eine Voraussetzung, die bei Finanzierungs-Leasing-Verträgen stets erfüllt ist - von einer Hinzurechnung abzusehen ist, falls der zu zahlende Jahreszinsbetrag an Miete oder Pacht 250.000,- DM nicht erreicht. Dieser Grenzwert kann von Mobilien-Leasing-Verträgen niemals erreicht werden, da sie nur einzelne Ausrüstungen betreffen. Insofern wirkt sich der Finan-

---

(Teilbetriebs) oder eines Anteils am Betrieb oder mit einer Erweiterung oder Verbesserung des Betriebs zusammenhängen oder der nicht nur vorübergehenden Verstärkung des Betriebskapitals dienen.

223) 7. Die Hälfte der Miet- und Pachtzinsen für die Benutzung der nicht im Grundbesitz bestehenden Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, die im Eigentum eines anderen stehen. Das gilt nicht, soweit die Miet- oder Pachtzinsen beim Vermieter oder Verpächter zur Gewerbesteuer nach dem Gewerbeertrag heranzuziehen sind, es sei denn, daß ein Betrieb oder Teilbetrieb vermietet oder verpachtet wird, und der Jahresbetrag der Miet- oder Pachtzinsen 250.000,- DM übersteigt"... (Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 8 Nr. 7 GewStG siehe Institut Finanzen und Steuern, S. 53, das die Hinzurechnungsbestimmung für bedenklich hält und auf die begründeten Einwände von Klein, BB 1963 , S. 1129 ff. hinweist, der die Vorschrift wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG als verfassungswidrig ansieht, da die Mieter oder Pächter unterschiedlich behandelt werden, je nachdem sie von einem Gewerbesteuerpflichtigen gemietet oder gepachtet haben oder nicht).

zierungs-Leasing-Vertrag gewerbeertragssteuerlich günstiger aus als ein finanzierter Kauf.

bb) Gewerbekapitalsteuer

Da die Gewerbekapitalsteuer gleichermaßen wie die Vermögenssteuer auf dem Einheitswert des gewerblichen Betriebes aufbaut[224], sind beide Steuern über den Einheitswert miteinander verbunden. Daher gelten die im Vergleich zwischen Finanzierungs-Leasing-Verträgen und finanziertem Kauf bei der Vermögenssteuer getroffenen Feststellungen auch für den Bereich der Gewerbekapitalsteuer; insofern darf auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

Der Hinzurechnungsbestimmung des § 8 GewStG zur Bestimmung der Gewerbeertragsteuer entspricht bei Bestimmung der Gewerbekapitalsteuer § 12 GewStG. Auch hier steht sich der LN vorteilhafter. Eine Hinzurechnung des Wertes der Ausrüstungen kommt beim LN nicht in Betracht, da die Leasing-Güter zum Gewerbeka ital der LG gehören. Im Vergleich dazu muß ein Unternehmer, der Investitionsgüter auf Kredit gekauft hat, die Schuld unter gewissen Voraussetzungen nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 GewStG dem Einheitswert seines gewerblichen Unternehmens hinzurechnen.

3. Leasingerlaßentwurf des Bundesministers der Finanzen

Der steuerrechtliche Vergleich offenbart, daß Finanzierungs-Leasing-Verträge im Verhältnis zum finanzierten Kauf zwar nicht zwangsläufig zu einer steuerlichen Begünstigung führen müssen, daß aber unter gewissen Voraussetzungen erhebliche Ungleichheiten auftreten können, falls man eine zivilrechtliche Betrachtungsweise auch im Steuerrecht billigt.

224) § 12 GewStG und § 4 VStG.

Führen unterschiedliche zivilrechtliche Vertragsgestaltungen zu Ergebnissen, die wirtschaftlich im wesentlichen gleichwertig sind, so erscheint es vom Standpunkt einer Einheitlichkeit der Besteuerung bedenklich, die Lebenssachverhalte steuerlich unterschiedlich zu behandeln. In diesem Sinne ist ein vom Bundesminister der Finanzen ausgearbeiteter Entwurf eines gleichlautenden Ländererlasses[225] zu verstehen. Er geht davon aus, daß

---

225) Ländererlaßentwurf
"1. Ein Leasing-Vertrag ist - ohne Rücksicht auf die Bezeichnung des Vertrages - anzunehmen, wenn
a) in einem Nutzungsvertrag über ein Wirtschaftsgut eine unkündbare Grundnutzungszeit vereinbart ist, die kürzer ist als die normale betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Wirtschaftsguts, und
b) das Nutzungsentgelt so bemessen ist, daß der Nutzungsberechtigte (Leasing-Nehmer) die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Wirtschaftsgutes innerhalb der Grundnutzungszeit voll entrichten muß.

In diesem Fall ist davon auszugehen, daß der Leasing-Nehmer die Stellung eines wirtschaftlichen Eigentümers (§ 11 StAnpG) hat. Der Leasing-Geber als bürgerlich rechtlicher Eigentümer ist wirtschaftlich auf Dauer von der Verfügung über das Leasing-Objekt ausgeschlossen, weil ihm - wirtschaftlich gesehen - kein oder nur ein praktisch bedeutungsloser Herausgabeanspruch zusteht. Das gilt auch dann, wenn in dem Leasing-Vertrag eine Verlängerungs- oder Kaufoption nicht vorgesehen ist.

2. Ist der Leasing-Nehmer nach Nr. 1 als wirtschaftlicher Eigentümer des Leasing-Objektes anzusehen, so hat er das Leasing-Objekt mit seinen Anschaffungs- oder Herstellungskosten in seiner Steuerbilanz zu aktivieren. Er muß auf das Leasing-Objekt die Absetzungen für Abnutzung nach Maßgabe des § 7 EStG vornehmen. Das Nutzungsentgelt ist - wie bei einer Tilgungshypothek - in einen Zinsanteil und einen Tilgungsanteil aufzuspalten; abzugsfähig ist nur der Zinsanteil. Der Leasing-Geber muß in Höhe der von ihm gezahlten Anschaffungs- oder Herstellungskosten für das Leasing-Objekt eine Forderung gegen den Leasing-Nehmer aktivieren. ..."

der LN wirtschaftliches Eigentum besitzt und stellt ihn unter Bezugnahme auf § 11 StAnpG im Ergebnis einem Käufer gleich, der eine Sache zu Eigentum erwirbt. Allerdings werden von dem Leasing-erlaßentwurf nur diejenigen Verträge angeglichen, deren Nutzungszeit kürzer ist als die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Wirtschaftsgutes. Eine solche Einschränkung müßte dazu führen, sollte der Erlaßentwurf überhaupt und in der Form ergehen, wie es der Bundesminister der Finanzen vorsieht, daß Verträge, deren Laufzeit der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer entspricht oder sie überschreitet, nicht erfaßt werden können, obwohl die Interessensituation vergleichbar ist. Diese Lücke könnte insbesondere zu folgendem Umgehungsgeschäft Anlaß geben: Die Vertragspartner vereinbaren beispielsweise eine der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer angemessene Vertragszeit, legen jedoch - in der Absicht, die Abschreibung vorzuverlegen - das Schwergewicht der Ratenzahlungen auf den Vertragsbeginn.

Bisher ist jedoch nicht abzusehen, ob der Entwurf des Bundesfinanzministers aus dem Jahr 1966 jemals Grundlage eines gemeinsamen Ländererlasses werden wird. Überwiegend dürfte es heute noch geltende steuerrechtliche Praxis sein, daß der Finanzierungs-Leasing-Vertrag gleich der Miete behandelt wird.[226] Desungeachtet erarbeiteten die Oberfinanzdirektionen Hamburg und Karlsruhe gleichlautende, vom Entwurf des Bundesministers der Finanzen abweichende Richtlinien[227], nach

226) Binder, S. 21

227) Danach liegt in der Regel von vornherein ein Kaufvertrag vor, wenn
1. die Mietdauer von vornherein ungewöhnlich lang bemessen ist,
2. ein unwiderrufliches Kaufangebot in Verbindung mit einer ungewöhnlichen Miethöhe steht und
3. bei späterer Annahme des Kaufangebots sich der Preis nach den Verhältnissen, die bei Mietbeginn vorlagen, richtet.
(OFD Hamburg vom 31.1.1968 - S 7100 - 23/68 - St 511 und OFD Karlsruhe vom 22.1.1968 - S 7100 - 1 - St 612).

denen Finanzierungs-Leasing-Verträge unter gewissen Voraussetzungen wie Kaufverträge besteuert werden. Eine Entscheidung des Bundesfinanzhofes zur steuerrechtlichen Erfassung des Finanzierungs-Leasing-Vertrages steht noch aus.

4. Bindung des Steuerrechts an zivilrechtliche Tatbestände?

Die geschichtliche Entwicklung[228] dieses alten, im Zusammenhang mit der Besteuerung des Finanzierungs-Leasing-Vertrages neu entflammten Streitpunktes ist folgende: Vor Inkrafttreten der Reichsabgabenordnung wurde die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs von dem Grundsatz beherrscht, daß "soweit für die Erhebung von Steuern Rechtsvorgänge des bürgerlichen Rechts maßgebend sind, grundsätzlich deren Begriff und Tragweite dem bürgerlichen Recht zu entnehmen ist".[229]

Auch später hielt der RFH[230] zunächst an seiner zivilrechtlich orientierten Rechtsprechung fest, obwohl nunmehr die in Kraft getretene Reichsabgabenordnung[231] eine an wirtschaftlichen Ge-

---

228) Vgl. v. Wallis-Spanner, in Hübschmann-Hepp-Spitaler, § 11 Steueranpassungsgesetz, Anm. 2 b

229) RFH 1, 205

230) RFH 2, 275 (276) "Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, es komme für die Beurteilung, ob mehrere Umsätze oder nur ein Umsatz vorliegen, und wer als die Beteiligten an diesem Umsatz anzusehen sind, nicht auf die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses, sondern auf seine wirtschaftliche Natur an, ist irrig. Ein Verkehrssteuergesetz wie das Umsatzsteuergesetz würde für die Anwendbarkeit seiner Grundsätze allen Boden unter den Füßen verlieren, wenn es die Besteuerung des Verkehrs unabhängig von den Rechtsformen durchführen wollte, in denen der Verkehr, um möglich zu sein, sich bewegen muß."

231) Die mit Gesetz vom 13.12.1919 (RGBl 1919, S. 1993) eingeführten Tatbestände über die Maßgeblichkeit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise hatten folgende Fassung:

sichtspunkten ausgerichtete Auslegung der Steuergesetzgebung vorschrieb. In der Folgezeit löste sich der RFH[232)] allmählich von den zivilrechtlichen Fesseln des Steuerrechts und sah von einer streng juristischen, rein bürgerlich rechtlichen Betrachtungsweise zugunsten einer wirtschaftlichen Zurechnung steuerrechtlicher Tatbestände mehr und mehr ab und legte den Bestimmungen der Abgabenordnung über eine wirtschaftliche Betrachtungsweise größeres Gewicht zu.

Auch der BFH geht von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus. Seine Rechtsprechung ist

---

§ 4 (bzw. § 9 AO 1931)

"Bei Auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen."

§ 80 (bzw. § 98 AO 1931)
"Wer einen Gegenstand als ihm gehörig besitzt, wird im Sinne der Steuergesetze wie ein Eigentümer behandelt ..."

Beide Vorschriften haben dann im Steueranpassungsgesetz v. 16.10.1934 (RGBl 1934, Bd. I, S. 925) ihre heute noch geltende Fassung gefunden:

§ 1 Auslegung
(2) "Dabei sind die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen."

§ 11
"Für die Zurechnung bei der Besteuerung gelten, soweit nichts anderes bestimmt ist, die folgenden Vorschriften:
1. Wirtschaftsgüter, die zum Zwecke der Sicherung übereignet worden sind, werden dem Veräußerer zugerechnet.
2. Wirtschaftsgüter, die zu treuen Händen (entgeltlich oder unentgeltlich) übereignet worden sind, werden dem Treugeber zugerechnet.
3. Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder, zu treuen Händen für einen Treugeber erworben worden sind, werden dem Treugeber zugerechnet.
4. Wirtschaftsgüter, die jemand im Eigenbesitz hat, werden dem Eigenbesitzer zugerechnet. Eigenbesitzer ist, wer ein Wirtschaftsgut als ihm gehörig besitzt.
5. Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, werden den Beteiligten so zugerechnet, als wären die Beteiligten nach Bruchteilen berechtigt. Die Höhe der Bruchteile ist nach den Anteilen zu bestimmen, zu denen die Beteiligten an dem Vermögen zur gesamten Hand berechtigt sind, oder nach Ver-

jedoch nicht einheitlich.[233] Die neuere Literatur versucht, einer zivilistischen Denkweise im Steuerrecht den Weg zu bereiten. Mit Begründungen wie "die Rechtssicherheit zwingt dazu, zivilrechtliche Verträge entsprechend ihrer Eigenart im Steuerrecht zu berücksichtigen"[234] oder "das Recht ist eine Einheit" und ein zivilrechtlicher Tatbestand darf nicht nach Steuerrecht ausgelegt

---

hältnis dessen, was ihnen bei Auflösung der Gemeinschaft zufallen würde.

232) RFH 12, 343 (351) "... Die Begriffe des Einkommens und Vermögens (sind) in erster Linie wirtschaftlich zu erfassen, daher (besteht) nach den Einkommen- und Vermögenssteuergesetzen die Möglichkeit, einem Tatbestand eine andersartige Beurteilung angedeihen zu lassen als diejenige, die einer rein bürgerlich rechtlichen Anschauungsweise entspricht ..."

233) Während der BFH beispielsweise mit Urteil vom 17.9.1957, BStBl 1957 III, 401 (405), das sich mit der Besteuerung von Freianteilen befaßt, die bürgerlich rechtliche Konstruktion für die steuerliche Beurteilung nicht entscheidend sein ließ und ausführte,

"Der Senat nimmt zu dem Rechtsproblem wie folgt Stellung: Er tritt der Ansicht des Bundesministers der Finanzen bei, daß die bürgerlich rechtliche Konstruktion für die steuerliche Beurteilung nicht entscheidend ist ... Der Senat bleibt dabei im Ergebnis bei der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs ... Eine andersartige Auffassung würde zu dem auch wirtschaftlich schwer vertretbaren Ergebnis führen, daß besonders gut rentierende Betriebe Teile ihrer Erträge in Form von Freianteilen anstelle von Dividenden ihren Gesellschaftern zuführen könnten ..."

hat er mit Urteil vom 23.11.1956, BStBl 1957 III, 20 (21) für das Gebiet der Hypothekengewinnabgabe einer bürgerlich rechtlichen Gestaltung Rechnung getragen und eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abgelehnt: "Der Senat hält an der grundsätzlichen Ablehnung der sogenannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise für das Gebiet der Hypothekengewinnabgabe fest."

(Vgl. die kritische Stellungnahme von Schlegel, FR 1958, 479 f. zu der divergierenden BFH-Rechtsprechung.)

234) So J. Thiel, BB 1967, 325 (327, 7).

werden[235], wird einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise das Wort geredet.

Weder das Trennungsprinzip[236], das die Selbständigkeit einer steuerrechtlichen Gesetzbildung auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise betont, noch die Einheitstheorie von Steuer- und Zivilrecht werden dem Zusammenspiel beider Rechtsgebiete voll gerecht. Einer vermittelnden Ansicht[237] folgend ist davon auszugehen, daß das Steuerrecht auf Abstimmung mit dem bürgerlichen Recht bedacht sein muß, ohne jedoch außer acht zu lassen, daß es eine andere Aufgabe zu erfüllen hat als das zivile Recht; denn die angemessene Verteilung der Steuerlast kann die Beachtung anderer Prinzipien erfordern als die Regelung der rechtlichen Beziehungen, in denen die einzelnen untereinander stehen. Daher sind Steuerrecht und Zivilrecht nicht immer kongruent; vielmehr ist eine Abweichung des Steuerrechts vom Zivilrecht stets dann geboten, wenn andernfalls der Grundsatz einer gleichmäßigen bzw. angemessenen Besteuerung verletzt würde. Die gesetzlichen Hilfsmittel, §§ 1 und 11 StAnpG, ermöglichen es, diesem Umstand Rechnung zu tragen. Ihre Anwendung sollte weder einer radikalen Umdeutung ziviler Vertragsformen Vorschub leisten, noch sollten sie mit dem Hinweis auf eine - nicht bestehende - einheitliche Rechtsordnung entwertet und außer Kraft gesetzt werden.

---

235) So Meilicke, BB 1964, 691 (694); s. auch Hopfenmüller, BB 1959, 965 (969 VII), der eine "Wiederbelebung des Einklangs von Steuerrecht und Privatrecht" fordert. Vgl. ferner Becker-Riewald-Koch, § 1 StAnpG Anm. 3, der auf ältere Literaturstimmen hinweist.

236) Vgl. Ball, Steuer und Wirtschaft 1925, Sp. 177 ff. und Becker, § 4 AO.

237) Riewald-Koch, in Becker-Riewald-Koch, § 1 StAnpG, Anm. 3 ff.

5. § 11 StAnpG als Mittel zur Korrektur privatrechtlicher Gestaltungen

Finanzierungs-Leasing-Verträge erfüllen nicht die in § 11 Nr. 1 - 5 StAnpG aufgestellten Tatbestandsvoraussetzungen; eine unmittelbare Anwendung der Zurechnungsvorschrift ist daher versagt. Es ist jedoch davon auszugehen, daß § 11 StAnpG keine abschließende Aufzählung aller Sachverhalte umfaßt, die wirtschaftliches Eigentum mit sich bringen. Die in § 11 StAnpG enthaltenen Regelungen sind im Grunde nichts anderes als gesetzliche Beispielsfälle[238] des in § 1 StAnpG verankerten Auslegungs- und Beurteilungsgrundsatzes der sogenannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise[239] und daher einer analogen Anwendung auf vergleichbare Sachverhalte zugänglich.[240] In dem Streben, eine allgemein gültige Definition zu geben, die sowohl die in § 11 StAnpG normierten Fallgruppen als auch analoge Sachverhalte umfaßt, werden von der Literatur unterschiedliche Formulierungen gewählt, die jedoch in ihrem Kernbereich übereinstimmen und weitgehend von der Rechtsprechung des RFH geprägt sind, der als wirtschaftlichen Eigentümer denjenigen ansah, der "nach dem Willen der Parteien wie ein bürger-

---

238) In der amtlichen Begründung zum Steueranpassungsgesetz (RStBl 1934 II, 1398 (1405) heißt es: "Zusammenfassend läßt sich über den § 11 Ziff. 1 - 4 des Steueranpassungsgesetzes folgendes sagen: Das Vermögen eines Steuerpflichtigen umfaßt grundsätzlich diejenigen Wirtschaftsgüter, die dem Steuerpflichtigen gehören (d.h.: sein Eigentum sind). Aber der Grundsatz, daß es für die Zurechnung auf das Eigentum ankommt, wird von Ausnahmen durchbrochen. Es gibt Fälle, in denen Wirtschaftsgüter nicht dem Eigentümer zugerechnet werden, sondern ein Nichteigentümer z u m B e i s p i e l dem Treugeber (§ 11 Ziff. 2 und 3 des StAnpG) oder dem Eigenbesitzer (§ 11 Ziff. 4 des StAnpG) oder bei Sicherungsübereignung dem Veräußerer (§ 11 Ziff. 1 StAnpG)."

239) So zutreffend Kühn, § 11 StAnpG Anm. 1

240) H. Weber, S. 37/38; Becker-Riewald-Koch, § 11 StAnpG, Anm. 2 (1); Seeliger, S. 19

lich rechtlicher Eigentümer schaltete und walte-te".[241] Nach H. Weber[242] bedeutet wirtschaftli-ches Eigentum in Anlehnung an den RFH[243] "die Zuordnung eines Wirtschaftsgutes zum Vermögen ei-ner steuerlich rechtsfähigen Person, die willens ist, wie ein zivilrechtlicher Eigentümer das Wirt-schaftsgut zu beherrschen und tatsächlich durch Verwaltung und Nutzungsziehung darauf einwirkt." In gleicher Richtung bewegen sich die Ausführungen von Friedländer[244], der es entscheidend sein läßt, daß "die rechtliche Sachherrschaft des bür-gerlichen Eigentums über einen Vermögensgegenstand so ausgehöhlt, so schwach geworden ist, daß die rechtliche Stellung des Eigentümers wirtschaftlich und deshalb auch steuerlich nicht mehr ins Gewicht fällt." Ähnlich ist die Fassung die Riewald[245] der Begriffsbestimmung des wirtschaftlichen Eigen-tums gibt: wirtschaftlicher Eigentümer ist jeder, der über das Wirtschaftsgut "diejenige wirtschaft-liche Herrschaft ausübt, deren gewöhnlicher Aus-druck das Eigentum ist". Die Reihe im gleichen Sinne lautender Literaturstimmen ließe sich fort-setzen.[246] Ihr Ergebnis kann dahin zusammenge-faßt werden, daß der wirtschaftliche Eigentümer

---

241) So RFH 18, 263 (265); 19, 113 (114); 19, 235 (236); 20, 1 (2)

242) H. Weber, S. 80

243) Vgl. H. Weber, insbes. S. 41 u. S. 70 f.

244) Kurt Friedländer, NJW 1956, 1049 (1051)

245) Riewald (Becker-Riewald-Koch), § 11 StAnpG, Anm. 2

246) Z.B. v. Wallis-Spanner, in Hübschmann-Hepp-Spitaler, Bd. IV § 11 StAnpG, Anm. 2 f, III; vgl. auch Seeliger, S. 89, dessen Definition des wirtschaftlichen Eigentums von anderen Autoren - H. Weber, S. 72 mit Hinweis auf ältere Literaturstimmen; Kühn, § 11 StAnpG Anm. 4 a - insoweit abweicht, als er einen Be-sitz- oder Herrschaftswillen des wirtschaft-lichen Eigentümers nicht für erforderlich hält.

diejenige wirtschaftliche Herrschaftsmacht über ein Wirtschaftsgut ausübt, deren gewöhnlicher Ausdruck das Eigentum ist. So begrüßenswert eine allgemein gültige Definition des wirtschaftlichen Eigentums sein mag, um eine erste Orientierung zu vermitteln, so beschränkt hingegen erscheint ihr Wert, sobald sie im Einzelfall eine Entscheidung tragen soll. Wann im gegebenen Fall jemand wie ein Eigentümer über ein Wirtschaftsgut verfügt, ohne es zu sein, wann die Position des "rechtlichen" Eigentümers so geschrumpft ist, daß die wirtschaftliche Herrschaftsmacht wechselt, läßt sich angesichts der Vielschichtigkeit wirtschaftlicher Probleme mit schlagwortartigen Formulierungen nur unvollkommen eingrenzen. Man wird vielmehr auf die von der Rechtsprechung und teilweise auch von der Lehre erarbeiteten Einzelmerkmale zurückgreifen müssen, sie gegeneinander abzuwägen haben, um zu ermitteln, ob sich daraus ein Übergang des wirtschaftlichen Inhalts des Eigentums auf einen anderen als den juristischen Eigentümer entnehmen läßt oder nicht.

a) Kriterien wirtschaftlichen Eigentums

Der Zweck, zu dem der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums verwendet wird, ist dadurch bestimmt, daß das Eigentum an einem Wirtschaftsgut eine gewisse wirtschaftliche Kraft verleiht, die es rechtfertigt, einem Eigentümer eine Steuer abzuverlangen.[247] Liegt die wirtschaftliche Kraft, die sich aus dem Haben des Wirtschaftsgutes ergibt, nicht bei dem Eigentümer, so entfällt der Rechtfertigungsgrund einer Besteuerung des rechtlichen Eigentümers. Es ist daher verständlich, wenn das Steuerrecht bemüht ist, denjenigen steuerlich zu erfassen, dem der tatsächliche Nutzen eines Wirt-

247) Becker-Riewald-Koch, § 11 Anm. 2 (4)

schaftsgutes zufließt und die Nutzungsziehung als Voraussetzung des wirtschaftlichen Eigentums ansieht.[248] Bereits in Zeiten, als dem Grundsatz einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise privater Lebenssachverhalte im Steuerrecht noch keine allgemeine Beachtung zukam, fand in einem wichtigen Teilbereich bereits eine Lösung des Steuerrechts von zivilrechtlichen Gestaltungen statt. So hat das Preußische Oberverwaltungsgericht[249] bei der Zuordnung des steuerlich relevanten Eigentums, namentlich bei der Auslegung der preußischen Grundsteuervorschriften wirtschaftliche Gesichtspunkte ausschlaggebend sein lassen und hat den Erwerber eines Grundstücks, der am Stichtag Besitz und Nutzung hatte, obgleich die Auflassung noch nicht erfolgt war, zur Ergänzungssteuer herangezogen. Auch in der Folgezeit, als ein steuerrechtlicher Eigentumsbegriff in § 80 AO gesetzlich normiert war, hat die Rechtsprechung an dem Kriterium eines Nutzziehungs- oder Gebrauchsrechts stets festgehalten und dies in einer Fülle von Entscheidungen zum Ausdruck gebracht.[250] Nutzziehungs- und Ge-

---

248) H. Weber, S. 60/61

249) PrOVG in Staatssteuersachen, Bd. V, 221 (223) "Die Zugehörigkeit eines Grundstücks zu dem steuerbaren Vermögen darf daher auch nicht davon abhängig gemacht werden, daß derjenige, der es tatsächlich b e s i t z t u n d b e n u t z t, als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist" (weitere Rechtsprechungsnachweise bei H. Weber, S. 24 ff.).

250) Beispiele aus der Rechtsprechung des RFH: 5, 197 (198) ... "so würde doch, da der Erwerberin das Grundstück aufgelassen und übergeben ist und sie als Eigentümerin zur e i g e n e n N u t z u n g unangefochten besitzt, die Beschwerdeführerin steuerrechtlich als Eigentümerin zu behandeln sein, auch wenn ihre Eintragung als Eigentümerin noch nicht erfolgt sein sollte".
Bd. 18, 263 (265) ... "für die Anwendung des § 80 Abs. 1 S. 1 ist gerade die gewollte und tatsächliche Ausübung der Eigentümerbefugnisse, also auch des N u t z u n g s r e c h t s, das Entscheidende". (Weitere Rechtsprechungsnachweise bei H. Weber, S. 60 ff.).

brauchsrechte für sich genommen rechtfertigen allerdings noch nicht die Annahme wirtschaftlichen Eigentums. Auch dem Mieter, Pächter, Nießbraucher werden Nutzziehungs- bzw. Gebrauchsrechte zugesprochen, ohne daß der geringste Zweifel darin bestünde, daß diese Vertragsformen kein wirtschaftliches Eigentum verschaffen.[251] Besteht über dieses Ergebnis auch grundsätzlich Einigkeit, über die Begründung und damit die Charakterisierung des wesentlichen, einer analogen Rechtsbildung zugänglichen Kerns des wirtschaftlichen Eigentums besteht sie nicht. Überwiegend ist man geneigt, den steuerrechtlich relevanten Eigentumsbegriff mit Hilfe eines zusätzlichen Willens-, also eines subjektiven Elementes einzugrenzen, und folgt damit einem von der Rechtsprechung des RFH vorgezeichneten Weg. Dieses Willenselement wurde, wie H. Weber[252] in seiner Analyse der Rechtsprechung des RFH aufzeigt, zunächst nicht ausdrücklich gefordert, sondern mehr unbewußt in den Tatbestand des wirtschaftlichen Eigentums hineingelegt, bald aber in aller Klarheit anerkannt[253] und findet seinen Ausdruck in der noch heute[254] als maßgeblich angesehenen Definition des wirtschaftlichen Eigentums als einer Herrschaftsmacht, entsprechend "der Absicht der Parteien", wie ein bürgerlich rechtlicher Eigentümer zu schalten und zu walten. Es zeigte sich jedoch, daß ein übereinstimmendes, beiderseitiges Willenselement nicht allen Lebenssachverhalten voll gerecht wurde und zu unbilligen Er-

---

251) Vgl. RFH 20, 265 für die Miete und RFH 17, 56 für Pachtverhältnisse sowie RFH 19, 235 zum Nießbrauch; ferner die weiteren Rechtsprechungsnachweise bei H. Weber, S. 77.

252) H. Weber, S. 72

253) Z.B. RFH 14, 219; 15, 111; 17, 57; 18, 73; weitere Rechtsprechungsnachweise bei H. Weber, S. 73.

254) So Wallis-Spanner, in Hübschmann-Hepp-Spitaler, Bd. IV § 11 StAnpG Anm. 2 f III

gebnissen führen konnte. Während im Schrifttum auf den besonders eklatanten Fall des unredlichen Besitzers[255] hingewiesen wurde, der seine tatsächliche Herrschaftsmacht über ein Wirtschaftsgut gegen den Willen des zivilrechtlichen Eigentümers ausübt, und der, wollte man eine Willenseinigung fordern, unbilligerweise nicht zu besteuern wäre, beschäftigte die Rechtsprechung die Frage, ob auf den übereinstimmenden Willen beider Vertragspartner abzustellen ist, insbesondere im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften. Der RFH[256] hatte in einem Fall zu entscheiden, in dem nach einem Grundstückskauf der Erwerber bereits den Besitz erlangt hatte, ihm aber von seiten des Veräußerers die Auflassung verweigert wurde, da dieser noch Gegenansprüche geltend machte. In einem weiteren Fall[257] besaß der Erwerber gleichfalls Besitz und Nutzungsmöglichkeit, jedoch bestritt der Veräußerer die Rechtsgültigkeit des Eigentumsübergangs. Während der RFH im erstgenannten Fall noch nicht so weit ging, daß er den Willen des Veräußerers für unbeachtlich erklärte, sondern sich damit behalf, daß er dessen Willen dahin auslegte, daß er in Wahrheit nichts gegen den Eigentumsübergang einzuwenden habe und durch die Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechtes lediglich einen Druck auf den Erwerber zur Erfüllung seiner Pflichten ausübte, hat der RFH in der nachfolgenden Entscheidung von einer Willenseinigung abgesehen und allein den Willen des Erwerbers ausschlaggebend sein lassen und angeführt, es liege kein Grund vor, anzunehmen, daß derjenige, der widerrechtlich oder gegen den Willen des Vorbesitzers eine Sache als ihm gehörig besitzt, nicht als wirtschaftlicher Eigentümer gelten solle. Auch im Schrifttum wird

---

255) So Becker, Wirtschaftliche Betrachtungsweise, in Steuer und Wirtschaft 1926, Sp. 1319 (1325) und § 80 RAO, 1. S. 263

256) RFH 19, 113

257) RFH, StuW 1929, 687

überwiegend eine subjektive, am Willen der Vertragsbeteiligten ausgerichtete Betrachtungsweise befürwortet. Während Kühn[258] den Besitzwillen des Erwerbers maßgeblich sein läßt ("Besitz mit animus domini"), bestimmen Wallis-Spanner[259] im Anschluß an die ältere Rechtsprechung des RFH als wirtschaftlichen Eigentümer denjenigen, "der nach der Absicht beider Parteien" wie ein Eigentümer schalten und walten soll und dies auch tatsächlich tut.

Seeliger[260] kritisiert die subjektive Betrachtungsweise der herrschenden Meinung und wirft ihr vor, sie verabsäume aufzuzeigen, wie im einzelnen die tatsächliche Herrschaftsmacht eines Rechtssubjektes beschaffen sein muß, um ihm das Wirtschaftsgut zurechnen zu können. Die Kritik Seeligers ist nicht unberechtigt. Zwar versagt die h. L. nicht jedwedes objektive Abgrenzungsmerkmal und stellt es wie Seeliger auch auf die eigentümerähnliche Herrschaftsmacht ab und bietet zusätzlich ein Nutzungs- oder Gebrauchsrecht als Tatbestandsmerkmal wirtschaftlichen Eigentums an, doch reichen diese Kriterien nicht einmal aus, um wirtschaftliches Eigentum von Gebrauchsüberlassungs- und Nutzungsverträgen abzugrenzen.

Der Grund für die Herausstellung des Willensmomentes und die Vernachlässigung objektiver Abgrenzungskriterien dürfte darin zu sehen sein, daß sich die h. M. bis heute noch nicht von der in § 80 AO 1919 (bzw. § 98 AO 1931) enthaltenen Definition des wirtschaftlichen Eigentums zu lösen vermochte, wonach derjenige steuerrechtlich wie ein Eigentümer zu behandeln ist, der einen Gegenstand "als ihm gehörig", also mit animus domini, besitzt.

---

258) Kühn, § 11 StAnpG Rdn. 4 a, S. 850

259) Wallis-Spanner, in Hübschmann-Hepp-Spitaler, Bd. IV § 11 StAnpG Anm. 2 f III

260) Seeliger, S. 90

Diese in Anlehnung an den Eigenbesitz des BGB, § 872, geschaffene Gesetzesfassung erweiterte die Rechtsvermutung des § 1006 BGB zugunsten des Fiskus; der unangefochtene Eigenbesitzer galt im Steuerrecht schlechthin als Eigentümer.[261] Mit einer Definition des wirtschaftlichen Eigentums im Sinne eines Eigenbesitzes, § 872 BGB, wurde damit das Willenselement, nämlich eine Sache mit dem Willen eines Eigentümers zu haben[262] im Steuerrecht eingeführt. Seit der Neufassung der Zurechnungsvorschrift in § 11 StAnpG kann der Eigenbesitz und damit das Willenselement jedoch nicht mehr als Hauptkriterium wirtschaftlichen Eigentums angesehen werden, da der Eigenbesitz (§ 11 Nr. 4 StAnpG) nur ein Beispielsfall unter anderen Gestaltungen wirtschaftlichen Eigentums ist, die ihrerseits allesamt nicht auf subjektive Kriterien abstellen. Die Überbetonung des subjektiven und die Vernachlässigung des objektiven Elements bei der Tatbestandsermittlung wirtschaftlichen Eigentums führt, ein Umstand, der bei der Analyse der Rechtsprechung des RFH in der Untersuchung H. Webers deutlich wird, zu einer Divergenz objektiver und subjektiver Elemente des steuerrechtlich relevanten wirtschaftlichen Eigentums. Da H. Weber in Anlehnung an die Rechtsprechung ein Nutzungs- und Gebrauchsrecht als objektiv brauchbares Abgrenzungskriterium anerkennt, Nutzungs- bzw. Gebrauchsrechte aber auch dem Mieter, Pächter, Nießbraucher zukommen, einem Personenkreis also, dem zutreffenderweise wirtschaftliches Eigentum nicht zugesprochen wird, vermag er die Gebrauchsüberlassungs- bzw. Nutzungsverträge nur dadurch vom wirtschaftlichen Eigentum abzugrenzen, daß er subjektive Kriterien zu Hilfe nimmt und feststellt, "daß alle diejenigen (Mieter, Pächter usw.) als wirtschaftliche Eigentümer ausscheiden,

261) Vgl. Becker, § 80 Anm. 1
262) RG 99, 210

die nicht den Willen haben, wie ein Eigentümer zu herrschen, obgleich bei ihnen die objektiven Voraussetzungen des wirtschaftlichen Eigentums gegeben sind".[263] Die These Webers ist in zweifacher Hinsicht anfechtbar. Einmal ist nicht einsichtig, weshalb Miete, Pacht, Nießbrauch objektiv gesehen wirtschaftliches Eigentum begründen, obgleich sie nur eine zeitlich begrenzte Teilherrschaft vermitteln, und zum anderen verführt eine letztlich an subjektiven Kriterien vollzogene Abgrenzung zur Vernachlässigung des objektiven Sachverhaltes und verhindert eine Herausarbeitung allgemein gültiger Abgrenzungskriterien.

Nach Ansicht Seeligers[264], der eine subjektiv am Willen der Beteiligten orientierte Betrachtungsweise zugunsten einer rein objektiv ausgerichteten Tatbestandsermittlung ablehnt, kommt es entscheidend auf die "Zeitdauer" an, während der ein rechtlicher Eigentümer von seiner Herrschaftsmacht Abstand nimmt. Nur dann, wenn der rechtliche Eigentümer "auf Dauer" ausgeschlossen ist, wenn also die Rechtslage "für einen unbestimmten und im Vorweg auch nicht bestimmbaren Zeitraum oder m.a.W. so lange besteht, als sich in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nichts ändert (clausula rebus sic stantibus)", ist der Erwerber wie ein Eigentümer zu besteuern. Mit Seeliger stimme ich darin überein, daß die steuerrechtliche Begriffsbestimmung des Eigentums in erster Linie anhand objektiver Kriterien abzugrenzen ist, meine jedoch andererseits, daß man auf das subjektive Element nicht völlig verzichten kann, da derjenige, der die wirtschaftliche Herrschaftsbefugnis innehat und ausübt, zwangsläufig den dafür typischen Herrschaftswillen besitzt. Auch sollte man nicht ausschließlich auf die "Zeitdauer" und damit auf ein

263) H. Weber, S. 77
264) Seeliger, S. 44 und 47

temporäres Element abstellen, das den materiellen Inhalt des wirtschaftlichen Eigentums nur unvollkommen kennzeichnet, sondern versuchen, seinen Umfang und Inhalt wertmäßig zu erfassen und die wirtschaftlichen Herrschaftsbefugnisse abzustecken.

Während das bürgerlich rechtliche Eigentum eine umfassende Sachherrschaft gewährt und ein Verfahren nach Belieben zubilligt, § 903 BGB, ist der Spielraum des wirtschaftlichen Eigentümers erheblich enger eingegrenzt. Er darf weder über das Wirtschaftsgut verfügen, es vermieten, verpachten, veräußern, verpfänden noch es beschädigen oder zerstören, da er jeweils rechtswidrig in das Eigentumsrecht des Vertragspartners eingreifen und es verletzen würde. Hierdurch entstehen notwendigerweise gewisse wirtschaftliche Einbußen, die besonders durch das Verfügungsverbot einschneidende Wirkungen hervorrufen können. Es wäre jedoch verfehlt, diese dem wirtschaftlichen Eigentum immanenten Schranken als Argument gegen eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuführen, wie es der BFH[265] in einem Fall getan hat. In diesem Urteil wurde die Frage, ob ein Dauerwohnrecht, das eine Genossenschaft einem Mitglied eingeräumt hatte, wirtschaftliches Eigentum verschafft, verneint, da der Genosse sowohl zur Vermietung wie zur Veräußerung seines Dauerwohnrechtes an die Zustimmung der Genossenschaft gebunden war. Diese Argumentation übersieht, daß dem wirtschaftlichen Eigentum die rechtliche Verfügungsbefugnis zumindest teilweise entzogen sein muß, da andernfalls, bei wirtschaftlicher und rechtlicher Vollherrschaft für eine Unterteilung in wirtschaftliches und rechtliches Eigentum kein Raum mehr bliebe. Erkennt man daher an, daß die Sachherrschaft des wirtschaftlichen Eigentümers notwendigerweise eine wirtschaftliche Einbuße enthält, und zwar dadurch,

265) BFH, BStBl 1953 III, 171 f.

daß sich der bürgerlich rechtliche Eigentümer Verfügungsrechte vorbehält[266], so bleibt für den wirtschaftlichen Eigentümer nur derjenige Bereich, der sich mit einem rechtlichen unbeschränkten Nutzungs- oder Gebrauchsrecht und damit einem vollen Fruchtgenuß oder unbeschränkten Gebrauch im Rahmen einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung umschreiben läßt.

b) Wirtschaftliches Eigentum des LN

Äußert sich die Herrschaftsmacht des wirtschaftlichen Eigentümers aber in einem rechtlich unbeschränkten Nutzungs- oder Gebrauchsrecht, so erweist sich die Ansicht, daß Finanzierungs-Leasing-Verträge im Vergleich zum Kaufvertrag steuerliche Vorteile mit sich bringen, als unzutreffend. Finanzierungs-Leasing-Verträge, die von einer Rückgabe der Ausrüstung nach Vertragsablauf absehen, gewähren dem LN eine volle wirtschaftliche Wertschöpfung und rechtfertigen daher eine analoge Anwendung des § 11 StAnpG. Das gleiche gilt für solche Vertragsformen, die eine Rückgabe des Leasing-Objektes vorsehen, jedenfalls dann, wenn die betriebsgewöhnliche Nutzungszeit im Augenblick der Rückgabe bereits verstrichen ist, oder, sofern die Rückgabe bereits vor Ablauf der nach Durchschnittswerten berechneten betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer erfolgt, unter der Voraussetzung, daß die effektive Wertschöpfung bereits beendet ist.

Daß die LG versucht, aus dem bereits voll abgeschriebenen Investitionsgut im Wege des sogenannten Second-Hand-Leasing einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen, ändert nichts an der Tatsache, daß die wirtschaftliche Wertschöpfung des LN beendet

266) Vgl. RFH 19, 113 (114) für den Fall, daß dem wirtschaftlichen Eigentümer Weiterveräußerung und Belastung versagt sind.

und damit der Nutzwert, den das Investitionsgut für den LN bietet, erschöpft ist. Nur dies entspricht den Denkgewohnheiten des Handelsverkehrs. Zu glauben, daß jemand den vollen Kaufpreis eines Investitionsgutes zuzüglich Zinsen und Gewinn der LG zahlt, ohne dafür den entsprechenden Gegenwert zu erhalten, wäre lebensfremd.

Folgt man der hier vertretenen Definition des wirtschaftlichen Eigentums, so sind nicht nur die von den Oberfinanzdirektionen Hamburg und Karlsruhe verwandten Abgrenzungskriterien zur Gleichschaltung von Finanzierungs-Leasing-Verträgen und Kaufverträgen abzulehnen, nach denen es im wesentlichen darauf ankommen soll, daß der LN im Laufe der Vertragszeit einen Kaufvertrag abschließt, auf den die bereits gezahlten Raten voll anzurechnen sind. Da der gleiche wirtschaftliche Erfolg auch ohne zusätzlichen Abschluß eines Kaufvertrages erreichbar ist, kann dieses Abgrenzungskriterium nicht genügen. Es erweist sich außerdem, daß der Entwurf des Bundesministers der Finanzen sich von Erwägungen leiten läßt, die nicht mit den Kriterien des wirtschaftlichen Eigentums übereinstimmen, was zur Folge hat, daß die steuerrechtliche Gleichschaltung von Finanzierungsleasing-Verträgen und Kaufverträgen nur unvollkommen erfolgt und Umgehungsgeschäften[266)] Raum läßt.

Es ist ferner deutlich geworden - und damit dürfte das schwerwiegendste Argument gegen die Annahme wirtschaftlichen Eigentums des LN ausgeräumt sein -, daß Verfügungsbeschränkungen, die sich in einem Verbot der Weiterveräußerung, Untervermietung, Verpfändung usw. äußern und die im Vergleich zum rechtlichen Eigentümer notwendigerweise wirtschaftliche Einbußen mit sich bringen, steuerrechtlich relevantes Eigentum nicht ausschließen.

---

266) Hinweis auf S. 116

c) Teilweise Wertschöpfung des LN

Einer besonderen Betrachtung bedürfen noch solche Finanzierungs-Leasing-Verträge, die nur eine teilweise Wertschöpfung des LN zulassen. Zu denken ist an jene Vertragsgestaltungen, die eine Rückgabe vorsehen, noch ehe der Gebrauchs- oder Nutzungswert der Ausrüstung vollends erschöpft ist, weil beispielsweise der LN eine unrentable oder veraltete gegen eine neue Maschine austauscht oder die LG das Leasing-Gut wegen Zahlungsverzug oder Konkurs an sich nimmt, oder aber, wenn eine Vertragsdauer vorgesehen ist, die nur eine teilweise Wertschöpfung zuläßt. In all diesen Fällen fehlt als Anknüpfungspunkt einer Besteuerung des LN als wirtschaftlicher Eigentümer i.S. des § 11 StAnpG eine volle wirtschaftliche Sachherrschaft und damit eine unumschränkte Gebrauchs- oder Nutzungsmöglichkeit. Es wäre allenfalls daran zu denken, die teilweise Wertschöpfung des LN und den der LG verbleibenden Restwert entsprechend einem dem bürgerlich rechtlichen Miteigentum[267], § 1008 BGB, nachgebildeten wirtschaftlichen Miteigentum in Form einer Bruchteilsgemeinschaft zu besteuern. Bruchteilseigentum wird in Rechtsprechung und Lehre nicht ausdrücklich als selbständige Form wirtschaftlichen Eigentums erwähnt. Aus Sinn und Zweck des § 11 Nr. 5 StAnpG, der bestimmt, daß Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, den Beteiligten so zugerechnet werden, als wären sie nach Bruchteilen berechtigt, ergibt sich jedoch, daß das Steuerrecht eine Bewertung wirtschaftlichen Eigentums nach Bruchteilen zuläßt. Ist eine Zurechnung nach Bruchteilen gemäß § 11 Nr. 5 StAnpG für die Gesamthandsgemeinschaft zulässig und erforderlich, so kann eine gleiche Bewer-

267) Bei der Bruchteilsgemeinschaft des BGB ist der dem einzelnen Miteigentümer zustehende Anteil der ziffernmäßig bestimmte Anteil an der Sache (vgl. Soergel-Siebert-Baur, Vorbem. § 1007 Rdn. 1).

tung der Miteigentumsgemeinschaft nach Bruchteilen nicht versagt sein. Wirtschaftliches Bruchteilseigentum und damit eine Besteuerung entsprechend den einzelnen Wertanteilen würde jedoch erfordern, daß die wirtschaftliche Herrschaftsmacht gleichzeitig ausgeübt wird, daß also mehrere Personen nebeneinander, entsprechend ihren Anteilen schalten und walten. LN und LG üben ihre wirtschaftlichen Herrschaftsbefugnisse in den genannten Fällen aber nicht miteinander, sondern nacheinander aus, so daß wirtschaftliches Miteigentum nicht als Besteuerungsmaßstab dienen kann.

Es geht auch nicht an, den LN unter den genannten Voraussetzungen während seiner Nutzungszeit als aufschiebend bedingten wirtschaftlichen Eigentümer zu bewerten, denn im Ergebnis gewährt ihm sein teilweises, zeitlich begrenztes, nicht auf volle Nutzung und Wertschöpfung ausgerichtetes wirtschaftliches Herrschaftsrecht keine andere Position als die eines Pächters, Mieters oder Nießbrauchers.

Die Grenze des wirtschaftlichen Eigentums ist jedoch nicht so engherzig zu ziehen, daß immer dann, wenn dem LN nicht der volle Nutzwert zukommt, dessen wirtschaftliches Eigentum zu verneinen ist, sondern es ist im Einzelfall darauf abzustellen, ob dem LN der überwiegende Wertanteil zufließt, und ob der Zweck, zu dem der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums geschaffen wurde, nämlich eine Steuer abzuverlangen, weil das Eigentum an einem Wirtschaftsgut eine gewisse wirtschaftliche Kraft verleiht, erfüllt ist oder nicht.

d) Sonderformen

aa) Kraftfahrzeug-Leasing

Während Finanzierungs-Leasing-Verträge im eigentlichen Sinne den Zweck verfolgen, dem LN die Ge-

brauchsüberlassung der gewünschten Ausrüstung während ihrer gesamten wirtschaftlichen Nutzungsdauer gegen Entrichtung eines dem Wert der Sache entsprechenden Entgelts zu verschaffen, sehen Kraftfahrzeug-Leasing-Verträge aus Rentabilitätsgründen vor, daß der Leasinggegenstand nur eine begrenzte Zeit im Besitz des LN bleibt, nach deren Ablauf er von der LG an einen Dritten verkauft wird, wobei der LN das Risiko eines eventuellen Mindererlöses trägt. Verträge dieser Art werfen die Frage auf, ob der LN als wirtschaftlicher Eigentümer in Anspruch genommen werden kann. Stellt man allein darauf ab, daß der LN den Gebrauchswert des Kraftfahrzeuges nicht voll ausschöpft, da dazu seine Besitzzeit nicht ausreicht, so wird man ihn nicht als wirtschaftlichen Eigentümer besteuern können. Es bliebe dabei jedoch unberücksichtigt, daß der Weiterverkauf des Kraftfahrzeuges auf Kosten des LN erfolgt, da er gegenüber der LG das Risiko trägt, falls die von ihm gezahlten Raten zusammen mit dem erzielten Verkaufserlös den Neuwert des Kraftfahrzeuges und damit den der Ratenkalkulation zugrunde liegenden Kaufpreis nicht erreichen. Von der Risikoseite her betrachtet kann daher der Restwert des Kraftfahrzeuges dem LN zugerechnet werden[268], so daß es angebracht erscheint, den LN mit Abschluß des Vertrages als wirtschaftlichen Eigentümer anzusehen, auch wenn er selbst den Gebrauchswert des Kraftfahrzeuges während seiner Besitzzeit nicht voll ausschöpft.[269]

---

268) Vertragsausgestaltungen, die die LG mit dem Restwertrisiko belasten, sind selten anzutreffen; denn solche Vertragsformen verteuern die Raten, da die LG bei ihrer Ausgangskalkulation einen Mindererlös in ihre Rechnung mit einbezieht.

269) Vgl. die Verwaltungsanweisung der OFD Düsseldorf-Köln-Münster, Einkommensteuerkartei § 6 Abs. 1 Ziff. 1 Nr. 29. Dort ist für "Mietkaufverträge" im Kraftfahrzeughandel bestimmt, daß der Mieter auch dann als wirtschaftlicher

Wirtschaftlich gesehen ist der LN einem Käufer vergleichbar, der ein Kraftfahrzeug erwirbt, um es nach einer gewissen Besitzzeit wieder zu veräußern.

bb) "Mietkauf"

Die von den LG angebotenen "Mietkaufverträge" stellen keine neue Vertragsform dar. Sie werden bereits seit geraumer Zeit im Wirtschaftsleben angeboten und haben die Finanzgerichte des öfteren beschäftigt. Ihre steuerrechtliche Behandlung ist streitig. Während in der Lehre[270] die Ansicht vertreten wird, daß ihrer zivilrechtlichen Gestalt auch im Steuerrecht Anerkennung gebühre, hat die Rechtsprechung "Mietkaufverträge" unter gewissen Voraussetzungen Abzahlungskaufverträgen gleichgestellt, um steuerliche Ungleichheiten zu vermeiden.

Eigentümer des gemieteten Fahrzeuges zu besteuern ist, wenn er von einem Erwerb absieht und das Kraftfahrzeug nach einjähriger Mietzeit an den Vermieter zurückgibt; denn nach den vertraglichen Vereinbarungen mit der Vermieterfirma trage der Mieter - gleichgültig, ob er den auf die Dauer von zunächst einem Jahr abgeschlossenen Vertrag verlängert, ob er den Kraftwagen nach Ablauf des ersten Jahres erwerbe, oder ob er ihn nach Ablauf eines Jahres an den Vermieter zum Verkauf an einen Dritten zurückgebe - die Wertminderung des Fahrzeuges. Darüber hinaus werde das Kraftfahrzeug auf seinen Namen zugelassen. Er habe weiterhin alle mit dem Betrieb und mit dem nach dem Vertrag möglichen Verkauf des Kraftfahrzeuges verbundenen Kosten zu übernehmen. Der Mieter sei daher auch bei nur vorübergehender Mietzeit und späterem Verkauf an einen Dritten durch den Vermieter als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen, er könne für das gemietete Fahrzeug die AfA geltend machen.

270) Vgl. Meilicke,BB 1964, 691 (693)

a1) Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes

aa1) "Mietkaufverträge" mit von Anfang an bestehender Kaufabsicht und voller Anrechnung der Mietzinsen

Die Lieferfirmen von Maschinen, Baugeräten und anderen Anlagegütern schließen mit ihren Abnehmern vielfach zunächst einen Vertrag über die Vermietung von fabrikneuen Wirtschaftsgütern. Gleichzeitig oder kurze Zeit nach Abschluß des Mietvertrages räumen sie dem Mieter ein Kaufrecht ein, bei dessen Ausübung die meist ungewöhnlich hohe Miete voll auf den Kaufpreis angerechnet wird. Der Mieter behandelte in diesen Fällen die Mieten einkommensteuerlich als Betriebsausgaben und aktivierte beim späteren Erwerb nur den infolge der angerechneten Mieten sehr niedrigen Restkaufpreis. Der BFH[271)] hält diese Bilanzierungsweise für unzulässig und führt in einem von ihm entschiedenen Fall aus, daß sich der Mieter durch die Miete so stark belaste, daß die Inkaufnahme der Belastung nur aus einer von vornherein bestehenden Kaufabsicht erklärt werden könne. Der BFH hat bei der Entscheidung des Falles grundsätzliche Überlegungen angestellt und ausgeführt, daß solche Mietkaufverträge zumindest einkommensteuerlich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise von vornherein als Kaufverträge zu behandeln seien mit der Folge, daß die gesamte Leistung (Miete und Restkaufpreis) als Anschaffungskosten zu aktivieren und nur die der Nutzungsdauer entsprechenden Absetzungen für Abnutzung vorzunehmen sind. Ob ein Mietkaufvertrag im Gegensatz zu seiner äußeren Gestaltung einkommensteuerlich als Kaufvertrag anzusehen ist, hänge davon ab, ob die vertraglichen Bestimmungen über Miete und Kauf so eng miteinander verbunden sind,

---

271) BFH-Urteil vom 5.11.1957 I, 221/56 U, BStBl 1957 III, 445

daß entweder der Mietvertrag ohne den Kaufvertrag oder der Kaufvertrag ohne den Mietvertrag nicht verständlich wäre. Ergebe sich aus Höhe, Dauer und Fälligkeit der Mietzahlungen, daß sie bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Miete ungewöhnlich, als Kaufpreisrate aber verständlich seien, so spreche dies dafür, daß wirtschaftlich von vornherein ein Kaufvertrag mit gestundeten Kaufpreisraten vorliege. Eine solche Beurteilung sei insbesondere dann geboten, wenn der spätere Kaufpreis bereits beim Abschluß des Mietvertrages festgelegt werde, und wenn sich im Zeitpunkt der Annahme des Kaufangebots bei Anrechnung der Miete ein Kaufpreis ergebe, der weit unter dem Verkehrswert des Wirtschaftsgutes liege. Nach diesen vom BFH[272] er-

272) Vgl. auch das unter der Bezeichnung "Gasflaschenurteil" bekannt gewordene Urteil des BFH vom 25.10.1963 IV 429/62 U BStBl 1964 III, 44, wonach ein als Mietvertrag bezeichneter Vertrag über eine bewegliche Sache in der Steuerbilanz als Kaufvertrag auszuweisen ist, wenn die Mietdauer so bemessen ist, daß bei ihrem Ablauf die Mietsache durch den Gebrauch verbraucht ist und für den Mieter während der Mietzeit praktisch keine Möglichkeit besteht, die Mietsache an den Vermieter zurückzugeben. Im Falle des Urteils hatte eine Herstellerfirma Gasflaschen an finanzschwache Kunden auf 10 Jahre vermietet. Die Verträge waren aber bewußt so gestaltet, daß die Mieter die Flaschen vorzeitig nicht zurückgeben konnten. Auch wurden in der Steuerbilanz der Herstellerfirma die Verträge wie Kaufverträge bilanziert. In seiner Begründung führte der BFH in Fortführung der im Urteil vom 5.11.1957 BStBl 1957 III, 445 aufgestellten Richtlinien aus, ein Vertrag sei nur dann steuerrechtlich als Mietvertrag anzuerkennen, wenn Mietzins, Mietzeit und Mietbedingungen auch bei wirtschaftlicher Betrachtung nur durch die Gebrauchsüberlassung bedingt sei. Ergebe sich aus Höhe, Dauer und Fälligkeit der Mietzahlungen, daß sie bei wirtschaftlicher Betrachtung als Mietzahlungen ungewöhnlich, als Kaufpreisraten aber besser verständlich seien, so sei damit ein Anhaltspunkt für die Annahme gegeben, daß wirtschaftlich von vornherein ein Kaufvertrag mit gestundeten Kaufpreisraten vorliege. In seiner Begründung stützt sich der BFH bekräftigend auf § 6 AbzG, der

stellten Grundsätzen ist daher immer dann ein Kaufvertrag und damit wirtschaftliches Eigentum des Erwerbers anzunehmen, wenn von vornherein ein Kaufvertrag beabsichtigt war; den Vertragsparteien kann eine Kaufabsicht anhand objektiver Kriterien nachgewiesen werden, wenn 1. Höhe, Dauer und Fälligkeit der Mietzahlungen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Miete ungewöhnlich, als Kaufpreisrate aber verständlich sind, 2. ein unwiderrufliches Kaufangebot in Verbindung mit einer ungewöhnlichen Miethöhe steht, und wenn 3. bei späterer Annahme des Kaufangebots sich der Preis nach den Verhältnissen bei Mietbeginn richtet.

bb1) "Mietkaufverträge" ohne von Vertragsbeginn an bestehende Kaufabsicht (Option nach freier Entschließung des Steuerpflichtigen bei voller Anrechnung des Mietzinses)

In einem jüngst veröffentlichten Urteil[273] hatte der BFH über einen Mietkaufvertrag zu entscheiden, dessen Verttagsausgestaltung nicht die Auslegung rechtfertigte, daß die Parteien von vornherein, also gleich von Mietbeginn an einen Kaufvertrag beabsichtigten. Ein steuerpflichtiger Makler mie-

---

einen Mißbrauchstatbestand eines Abzahlungskaufs behandelt, der in einen Mietvertrag gekleidet ist.

Vgl. in diesem Zusammenhang ferner die Entscheidung des BFH vom 27.1.1955 V 198/54 U BStBl 1955 III, 94. In diesem Urteil, in dem es um die Frage ging, ob ein Steuerpflichtiger eine Großhandelsvergünstigung nach § 7 Abs. 3 UStG zusteht, überstieg die monatlich zu zahlende Miete bei weitem den Nutzwert des gemieteten Baugeräts und erreichte bei einer neun- bzw. zwölfmonatigen Gebrauchsüberlassung 2/3 bis 3/4 des Wertes des Gegenstandes, obwohl dieser eine Lebensdauer von mehreren Jahren hatte. Wer als rechnender Unternehmer, so rechtfertigte der BFH die steuerliche Behandlung des Anschaffungsgeschäfts, solche Vereinbarungen eingehe, von dem könne man annehmen, daß er in der Regel von vornherein mit einem Kauf seinerseits gerechnet habe.

273) BStBl 1967 III S. 63 = BB 1967, 71

tete einen Blattfernschreiber gegen einen monatlichen Mietzins und erwarb das Gerät zwei Jahre später unter Anrechnung der gezahlten Miete, da der Mietvertrag die Klausel enthielt, daß der Mieter den Gegenstand binnen zwei Jahren käuflich erwerben könne. Der Steuerpflichtige beantragte nach Kaufabschluß die Gewährung einer Investitionszulage nach § 19 Abs. 1 und 2 Berlinhilfegesetz. Investitionszulage wird nach dem Berlinhilfegesetz dann zugesprochen, wenn ein Berliner Unternehmen neue abnutzbare bewegliche Wirtschaftsgüter erwirbt, die zum Anlagevermögen eines Betriebes in Berlin gehören. Berlinpraeferenzen hätten dem Steuerpflichtigen demnach zugestanden, falls er ein n e u e s Wirtschaftsgut des Anlagevermögens erworben , also gekauft hätte. Sehe man die bürgerlich rechtlich getrennten Vorgänge (Miete und Kauf) umsatzsteuerlich als wirtschaftliche Einheit und damit als "Mietkaufvertrag" an, so wäre das Vertragsverhältnis nach dem vom BFH in den vorangegangenen Urteilen aufgestellten Grundsätzen, als einheitlicher Erwerbsvorgang zu betrachten und daher als Kaufvertrag zu besteuern. Nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise hätte dann der steuerpflichtige Makler schon gleich zu Vertragsbeginn wirtschaftliches Eigentum erlangt und wäre in den Genuß einer Steuerbegünstigung gelangt, die nur für neue Wirtschaftsgüter gewährt wird, die nicht gemietet, sondern gekauft werden.

Der BFH sah den Steuerpflichtigen jedoch nicht als Käufer eines neuen Wirtschaftsgutes an und versagte die beantragte Investitionszulage. Ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung zur Besteuerung von "Mietkaufverträgen", die vom BFH aufs neue bestätigt wurde, sah er den entscheidenden Unterschied zu den "Mietkaufverträgen", die steuerrechtlich als einheitlicher Lebensvorgang zu bewerten sind, darin, daß der Erwerb des Blattfernschreibers in die f r e i e E n t s c h l i e -

ß u n g des Steuerpflichtigen gelegt war, da der Steuerpflichtige den Vertrag unter der Bedingung geschlossen hatte, daß er die Ausrüstung binnen zwei Jahren käuflich erwerben könne, wobei die zum Erwerbszeitpunkt gezahlten Mieten voll auf den Kaufpreis anzurechnen waren. Im Gegensatz zu "Mietkaufverträgen", deren Vertragsausgestaltung eine von Anfang an bestehende Kaufabsicht deutlich werden läßt, ließen die Umstände dieser Vereinbarung einen von vornherein bestehenden Willen, die Ausrüstung als Eigentum zu erwerben, nicht erkennen.

Es wäre zu eng gedacht, wollte man dem BFH-Urteil nur im Rahmen des Berlinhilfegesetzes Bedeutung beimessen; die Entscheidung ist vielmehr als grundsätzlicher Beitrag zur Frage der Besteuerung des "Mietkaufvertrages" zu sehen und ist insofern eine Ergänzung der vorhergegangenen Rechtsprechung.[274]

---

274) Nach J. Thiel, DB 1967, 325 (326 Anm. 7) tritt der BFH in dieser Entscheidung dem Versuch entgegen, Miet- und Kaufvertrag im Wege einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise einander gleichzusetzen.
Die Verwaltungsanweisungen der OFD Düsseldorf-Köln-Münster Einkommensteuerkartei § 6 Abs. 1 Ziff. 1 EStG Nr. 28 gehen bislang davon aus, daß "Mietkaufverträge" mit nachfolgender, nicht von Vertragsbeginn an nachzuweisender Erwerbsabsicht im Ergebnis wie ein Anschaffungsgeschäft zu besteuern sind: "28. Mietkaufverträge. b) Es wird zwischen den Parteien ein Mietvertrag geschlossen. Der Vermieter räumt bei Abschluß des Mietvertrages dem Mieter das Recht ein, den Mietgegenstand unter Anrechnung der gezahlten Miete käuflich zu erwerben. Steuerliche Behandlung: die bis zum Erwerb gezahlte Miete ist Betriebsausgabe. Die Anrechnung der bisher gezahlten Miete auf den vereinbarten Kaufpreis bedeutet eine mit Erstattung der Mietzahlungen verbundene Rückgängigmachung des bisher bestehenden Mietvertrages. Die erstattete Miete ist als Ertrag auszuweisen. Der erworbene Gegenstand ist mit dem vereinbarten Kaufpreis (Restzahlung und erstattete Miete) gegebenenfalls gekürzt um die auf die Zeit ab Ingebrauchnahme bis zum Erwerb anfallende AfA zu aktivieren. Die Aktivierung ist gegebenenfalls schon vor

Während sie für den Bereich des Berlinhilfegesetzes eine Schlechterstellung des Steuerpflichtigen im Vergleich zum Abzahlungskäufer bewirkt, da sie ersterem eine Vergünstigung versagt, die dem Abzahlungskäufer zufließt, wirken sich andererseits die in ihr aufgestellten Rechtssätze für den Erwerber steuergünstig aus. Erkennt man die Leitsätze der BFH-Entscheidung als verbindlich an und entnimmt ihnen einen generellen, nicht nur auf das Berlinhilfegesetz beschränkten Bewertungsmaßstab für die Besteuerung eines "Mietkaufvertrages", so ist der "Mietkauf", dessen zivilrechtliche Ausgestaltung unter den vom BFH aufgestellten Voraussetzungen auch im Steuerrecht maßgeblich ist, auch im Hinblick auf die übrigen Steuern nicht insgesamt als Kaufvertrag zu besteuern, so daß sich für den ersten, in der Regel den wirtschaftlichen Schwerpunkt bildenden Teil des Vertrages jene Steuervorteile ergeben, die dem Mieter im Vergleich zum Käufer zufallen.

Ginge man davon aus, daß wirtschaftliches Eigentum nur dann erworben wird, wenn die Vertragsparteien von vornherein den Willen kundtun, daß sie nach vorgeschalteter Miete einen Kaufvertrag abschließen werden, oder daß diese ihre Absicht zumindest aus den Begleitumständen deutlich wird, so verdiente die jüngste Entscheidung des BFH über die wirtschaftliche Zuordnung eines Investitionsgutes Zustimmung. In den abschließenden Ausführungen des

---

dem förmlichen Erwerb, nämlich in dem Zeitpunkt zulässig, in dem der Gegenstand in der Absicht demnächstigen Eigentumserwerbs zum größten Teil bezahlt und der Eigentumserwerb nur noch eine sicher in Aussicht genommene Formsache ist (Hinweis auf das Urteil des RFH vom 24.9.1930 - RStBl 1931/12). c) Es ist von den Parteien von Anbeginn ein Kaufvertrag unter Gewährung von Ratenzahlungen gewollt, jedoch werden die Kaufpreisraten als Mietzahlungen getarnt. Steuerliche Behandlung: es liegt von Anbeginn ein Anschaffungsgeschäft vor, das als solches zu behandeln ist."

Urteils klingt indessen an, daß das gewonnene Ergebnis nicht völlig zufriedenstellt; denn wie sollte sonst ein Hinweis auf den Gesetzgeber zu verstehen sein, der besagt: "Solange der Gesetzgeber für den Mietkaufvertrag als gemischten Vertrag keine Sonderregelung trifft, kann die Rechtsprechung die Vereinbarungen nur so auslegen, wie sie der Sach- und Rechtslage entsprechen." Der Konflikt, dem sich der BFH bei der Bewertung des "Mietkaufvertrages" augenscheinlich ausgesetzt sieht, läßt sich, auch solange der Gesetzgeber noch nicht gesprochen hat, zufriedenstellend lösen, wenn man eine Interessenabwägung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise vornimmt und überprüft, ob der Steuerpflichtige wirtschaftliches Eigentum erlangt, und damit für das Steuerrecht als Käufer zu gelten hat, oder ob seine wirtschaftliche Position noch nicht so weit ausgefüllt ist, daß er gleich einem Eigentümer zu besteuern ist.

Wirtschaftliches Eigentum ist nach der hier vertretenen Ansicht immer dann anzunehmen, wenn dem Erwerber ein umfangmäßig und zeitlich unbeschränktes Nutzungs- oder Gebrauchsrecht zukommt. Legt man diesen Maßstab an, so ist es für den Begriff wirtschaftlichen Eigentums nicht erforderlich, daß der Steuerpflichtige jemals rechtlicher Eigentümer eines Wirtschaftsgutes wird. Ist aber ein Erwerb nicht Voraussetzung wirtschaftlichen Eigentums, so kann es auch nicht von Bedeutung sein, ob der wirtschaftliche Eigentümer überhaupt einen Erwerbswillen kundtut, und ob dieser Wille bereits bei Abschluß des "Mietkaufvertrages" erkennbar ist oder aber erst später zutage tritt. Dann sind auch Kaufverträge, die nach vorangegangenem Mietverhältnis eingegangen werden und deren Kaufpreis unter Anrechnung des entrichteten Mietzinses festgesetzt wird, nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise nichts anders zu besteuern als Abzahlungskaufver-

träge. Vom wirtschaftlichen Ergebnis her betrachtet, fließt dem Steuerpflichtigen der volle Nutz- und Gebrauchswert des Wirtschaftsgutes gegen Zahlung des entsprechenden Entgelts zu, so daß es gerechtfertigt erscheint, ihn als wirtschaftlichen Eigentümer zu besteuern. Eine so verstandene wirtschaftliche Bewertung des "Mietkaufvertrages" entspricht auch den Vorstellungen und Interessen der Vertragsparteien, wenn sie bei Abschluß des Kaufvertrages den entrichteten Mietzins voll auf den Kaufpreis anrechnen, also einen Kaufpreis aushandeln, wie er auch vereinbart worden wäre, falls er gleich zu Vertragsbeginn fällig gewesen wäre. Gleiches gilt nicht für solche Kaufverträge, deren Preis unabhängig von den bereits entrichteten Mietraten festgesetzt wird, so daß eine wirtschaftliche Verbindung zwischen Miete und Kauf fehlt.

b1) Der "Mietkaufvertrag" in der Steuerbilanz

Mietkaufverträge, die von vornherein eine Erwerbsabsicht erkennen lassen, gelten nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Kauf, so daß die gesamte Leistung des Erwerbers (Miete und Restkaufpreis) als Anschaffungskosten zu aktivieren, und nur die der Nutzungsdauer entsprechende Absetzung für Abnutzung vorzunehmen ist. Schwierigkeiten bereitet hingegen die Buchung derjenigen "Mietkaufverträge", bei denen der Erwerber sich erst nach einer vorgeschalteten Mietzeit zum Kauf entschließt. In diesen Fällen können die gesamten Anschaffungskosten nur dann bereits vom ersten Augenblick des Vertragsschlusses an aktiviert werden, wenn mit Sicherheit feststeht, daß der Steuerpflichtige überhaupt von seinem Optionsrecht Gebrauch machen wird. Kann nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, daß der Steuerpflichtige den Erwerb der Ausrüstung, wenn auch zu einem noch ungewissen Zeitpunkt, anstrebt,

steht es also im freien Ermessen des Steuerpflichtigen, ob er die Ausrüstung ankauft oder aber nach einer gewissen Mietzeit zurückgibt, ohne daß ihm deren voller Gebrauchswert zugeflossen ist, so kommt man nicht umhin, den Vertrag als Mietvertrag zu bilanzieren. Falls der Steuerpflichtige später sein Erwerbsrecht doch ausübt und somit zu erkennen gibt, daß er nicht nur an einer teilweisen Wertschöpfung interessiert ist, so wird man in der Ausübung des Optionsrechtes eine Rückgängigmachung des Mietvertrages und den Abschluß eines rückdatierten Kaufvertrages zu sehen haben. Die rechnungsmäßig zurückzuerstattenden Mietraten stellen außerordentliche Erträge dar und sind als Betriebseinnahmen zu buchen. Das erworbene Wirtschaftsgut ist zu aktivieren. Der übernommene Gegenstand steht dann im Zeitpunkt der Übernahme mit einem Betrag zu Buche, der sich aus dem Kaufpreis für den Restwert der Ausrüstung und den entrichteten Mietraten zusammensetzt. Der zu aktivierende Betrag vermindert sich um die seit Ingebrauchnahme des Wirtschaftsgutes bis zum Erwerb anfallende AfA.

6. Möglichkeit einer Lösung des Problems der Besteuerung des "Mietkaufvertrags" und des "Finanzierungs-Leasing-Vertrags" auf der Grundlage einer steuerrechtlichen Anerkennung der zivilrechtlichen Gestaltung

Eine steuerrechtliche Wertung des Mietkaufvertrages und des Finanzierungs-Leasing-Vertrages nach der hier gegebenen Definition des wirtschaftlichen Eigentums als Zurechnung einer wirtschaftlichen Herrschaftsmacht führte zu dem Ergebnis, daß beide Vertragsformen nicht anders zu besteuern sind als Ratenkaufverträge. In Anbetracht dessen, daß im Schrifttum eine zivilistische Betrachtung steuerrechtlicher Tatbestände befürwortet wird, erscheint es angebracht, der Frage nachzugehen,

ob die steuerlichen Ungleichheiten, nicht auch auf der Grundlage einer steuerrechtlichen Anerkennung bürgerlich rechtlicher Tatbestände auszuräumen sind. Einen möglichen Weg in diese Richtung weist Littmann[275]: Bewerte man den Mietkaufvertrag entsprechend seiner zivilrechtlichen Gestalt als Miete mit anschließendem Kauf, so ließe sich mißbräuchlichen Vertragsformen dadurch vorbeugen, daß man den Mietzins nicht in beliebiger Höhe, sondern nur in a n g e m e s s e n e n Beträgen als Betriebsausgabe anerkenne. Während der Mietzeit seien diese Beträge sofort als Betriebsausgaben abzugsfähig. Soweit die tatsächlich zu entrichtende Miete höher sei als eine angemessene Miete, sei sie als Entgelt für die Einräumung der Kaufberechtigung aktivierungspflichtig. Die Kaufberechtigung müsse man nach der Verkehrsauffassung als selbständig bewertbares Wirtschaftsgut betrachten, wobei es für die Aktivierungspflicht einerlei sei, ob das Entgelt dafür später auf den Kaufpreis angerechnet werde oder nicht. Die Aktivierungspflicht erstrecke sich auch auf jene Teile der Miete, mit denen die Verzinsung der zur Investierung aufgenommenen Kredite des Vermieters abgegolten werden. Hier handle es sich schon nach dem Zusatzvertrag ausdrücklich um eine Erhöhung des Kaufpreises. Übe der Mieter das Optionsrecht aus, so habe er das Restkaufgeld zu aktivieren. Der übernommene Gegenstand stehe dann im Zeitpunkt der Übernahme mit einem Betrag zu Buche, der sich aus dem aktivierten Entgelt für die Einräumung der Kaufberechtigung, den aktivierten Zinsen für die Finanzierung beim Vermieter und dem Restkaufgeld zusammensetze. Hingegen finde eine Reaktivierung der Mietzahlungen, soweit sie die normale AfA. übersteigen, nicht statt; denn die nachträgliche

---

275) Littmann, §§ 4, 5 Rdn. 443, S. 359; gleicher Ansicht Heckmann, DB 1964, 1782 (1783 III)

Anrechnung der Mieten auf den Kaufpreis könne steuerlich nicht unbeachtlich bleiben. Setze man voraus, daß ein Mietvertrag steuerrechtlich anzuerkennen sei, so gehe die Verbuchung der laufenden Mieten über Betriebsausgaben in Ordnung und könne nachträglich auch nicht rückgängig gemacht werden.

Der von Littmann vorgezeichnete Weg bietet solchen Vertragsgestaltungen Einhalt, die einen beliebigen, willkürlichen, nicht an der Gegenleistung ausgerichteten Mietzins festsetzen, richtet sich also gegen jene Verträge, die als typische Mißbrauchsfälle im Sinne des § 6 Abs. 1 StAnpG zu gelten haben, und in denen zur Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges ein Weg beschritten wird, der diesem Ziel nicht gemäß ist. Lassen sich demnach offensichtliche Mißbrauchsformen auch dann ausschalten, wenn man die bürgerlich rechtliche Gestalt des Mietkaufvertrages - entsprechendes gilt für Finanzierungs-Leasing-Verträge - steuerrechtlich anerkennt, so hat doch der von Littmann vorgeschlagene Lösungsweg gegenüber einer nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise vorzunehmenden Umdeutung des Mietkaufvertrages in einen Kaufvertrag den nicht zu übersehenden Nachteil, daß eine Reaktivierung der Mietzahlungen, soweit sie die normale AfA übersteigen, unterbleibt, da nur eine Aktivierung des Restbetrages vorzunehmen ist. Aber nicht nur diese Differenz, die sich zugunsten eines "Mieter/Käufers" im Vergleich zu einem Abzahlungskäufer steuergünstig auswirkt, falls die als Betriebsausgaben anzusetzenden Mietzinsen die normalerweise niedriger liegenden Abschreibungssätze unterschreiten[276], und die damit eine wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Ungleichheit nach sich zieht, spricht gegen die Theorie Littmanns. Schwierigkeiten können sich auch dadurch ergeben,

276) Auch der umgekehrte Fall würde zu einer steuerlichen Ungleichheit führen.

daß zwischen dem Steuerpflichtigen und dem Finanzamt Streit darüber entsteht, ob die in der Steuerbilanz gebuchten Mietraten angemessen sind oder nicht. Es taucht damit sofort die Frage auf, wen die Beweislast trifft, wenn es festzustellen gilt, welcher Betrag angemessen ist. Das Institut Finanzen und Steuern[277] meint, daß auch hier der Beweis, inwieweit eine zivilrechtlich als Miete gestaltete Zahlung des Mieters steuerlich nicht als solche behandelt werden kann, der Finanzverwaltung obliege. Sie könne den Beweis z.B. durch eine Gegenüberstellung der Mieten vergleichbarer Wirtschaftsgüter führen. Solange sie die Unangemessenheit des Mietzinses nicht nachweisen könne, sei zugunsten des Steuerpflichtigen von der gewählten zivilrechtlichen Preisgestaltung auszugehen.

Die Nachteile der von Littmann vertretenen These lassen sich dahin zusammenfassen, daß eine ungleiche Belastung des "Mieter/Käufers" - und entsprechend auch des Finanzierungs-Leasing-Nehmers - und des Abzahlungskäufers nicht vermieden wird, und daß 2. ein Argument, das die Praktikabilität betrifft, aber dennoch nicht zu unterschätzen ist, Beweisschwierigkeiten auftreten und die Finanzverwaltung gezwungen wird, in jedem Einzelfall nachzuprüfen, welcher Betrag als angemessene Miete und damit als Betriebsausgabe zu verbuchen ist.

VII. Diskriminierung herstellerunabhängiger "Leasing"-Gesellschaften

Das Unternehmen Bal Automobil Leasing GmbH & Co. Vertriebs-KG, Berlin hat beim Landgericht Berlin eine Schadensersatzklage gegen die Volkswagenwerk Aktiengesellschaft eingereicht. Grund der Klage ist ein Verhalten des Volkswagenwerks, das bereits

277) Institut Finanzen und Steuern, S. 48

Gegenstand einer Beschwerde beim Bundeskartellamt ist[278]: Das Volkswagenwerk hatte sich geweigert, einem Rahmenvertrag zuzustimmen, nach dem der Automobil Leasing GmbH & Co. KG als Großverbraucher 200 Volkswagen zu Sonderkonditionen verkauft werden sollten. Die autorisierten Händler müssen derartige Verträge dem Hersteller zur Genehmigung vorlegen; das Werk genehmigte den Großverbraucherabsatzvertrag jedoch nicht. Auch als die Bal GmbH & Co. KG die Wagen schließlich zum normalen Listenpreis ohne Nachlaß bar kaufen wollte, blieb es bei der Liefersperre. Selbst als das Unternehmen Bal über eine Mietwagenfirma einige Wagen kaufte, wurde auch über diese eine Liefersperre vom Volkswagenwerk verhängt. Mit der Klage vor dem Landgericht Berlin beruft sich die Firma Bal darauf, daß für Preisbinder und marktbeherrschende Unternehmen ein faktischer Kontrahierungszwang bestehe. Mit der Liefersperre sei ein nicht unbeträchtlicher Schaden, vor allem durch die hohen Werbeaufwendungen und die nicht erfüllbaren Aufträge entstanden.

§ 26 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verbietet marktbeherrschenden Unternehmen, Kartellen und preisbindenden Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln. Das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot erfaßt jedoch keineswegs alle nur möglichen Behinderungen und Diskriminierungen im Geschäftsverkehr. Es richtet sich nur an die Marktteilnehmer, denen eine gewisse Marktmacht und damit die Möglichkeit zu dirigistischer Einflußnahme gegeben ist, nämlich an marktbeherr-

278) FAZ v. 14.11. 1968

schende Unternehmen, Kartelle und preisbindende Unternehmen. Das Volkswagenwerk zählt zwar nicht zu den Unternehmensvereinigungen, die als Kartelle gelten und kann auch in Anbetracht der vielfältigen Konkurrenz in der Automobilbranche nicht als marktbeherrschend charakterisiert werden, unterliegt aber dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB als preisbindendes Unternehmen. Die Gleichstellung eines preisbindenden mit einem marktbeherrschenden Unternehmen in § 26 Abs. 2 GWB beruht nicht auf der Überlegung, daß der Preisbinder ebenfalls ein monopolähnliches Gebilde darstellt; denn gemäß § 16 Abs. 1 Nr.1 GWB müssen die Markenwaren von Preisbindern mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler im Preiswettbewerb stehen. Der Grund für die Gleichbehandlung preisbindender und marktbeherrschender Unternehmen ist vielmehr darin zu sehen, daß die Preisbindung ähnlich wie eine überragende Marktstellung eine Beschränkung oder einen Ausschluß des Wettbewerbs auf den nachgeordneten Wirtschaftsstufen eintreten lassen kann.[279] Voraussetzung dafür, daß eine solche Beschränkung, die eine Preisbindung normalerweise nach sich zieht, gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB verstößt, ist einmal, daß die unbillige Behinderung oder Ungleichbehandlung in einem Geschäftsverkehr erfolgt. Das Tatbestandsmerkmal "in einem Geschäftsverkehr" ist nicht nur dann gegeben, wenn zwischen dem sperrenden und dem beziehenden Unternehmen eine Geschäftsbeziehung bereits besteht, sondern gleichermaßen auch dann zu bejahen, wenn, wie es hier der Fall ist, die Aufnahme eines Geschäftsverkehrs von der einen Seite erst beabsichtigt, von der anderen aber von vornherein abgelehnt wird.[280] Eine unzulässige Diskriminierung und damit ein Verstoß gegen § 26

279) Vgl. Gentz, WuW 1961, 587 (597)
280) WuW/BkartA 383 = WuW 1961, 739

Abs. 2 GWB setzt weiterhin voraus, daß der versagte geschäftliche Verkehr anderen, dem sich auf § 26 Abs. 2 GWB berufenden Unternehmen gleichartigen Unternehmen, üblicherweise zugänglich ist. Wie sich aus der Begründung zum Regierungsentwurf[281] ergibt, wurde das Tatbestandserfordernis, daß der Geschäftsverkehr "gleichartigen" Unternehmen üblicherweise offensteht, der Rechtsprechung des früheren Kartellgerichts entnommen. Nach dessen Rechtsprechung waren Unternehmen gleichartig, wenn sie nach Art und Umfang ihres Betriebes die gleiche wirtschaftliche Funktion erfüllen.[282] Diese Begriffsdefinition haben Rechtsprechung und Literatur beibehalten, indem sie davon ausgehen, daß es sich um Unternehmen mit gleicher Marktfunktion handeln muß.[283] Die von ihr angebotenen Verträge, so argumentiert die Bal Leasing GmbH & Co. KG zur Begründung der Funktionsgleichheit im Verhältnis zu anderen Unternehmen, unterschieden sich nicht von denen üblicher Mietwagenunternehmen und diese beliefere VW anstandslos. Das Volkswagenwerk hält dem entgegen, das Leasing-Geschäft sei weder Kauf noch Miete, sondern eine Vertriebsart "sui generis" und mit handelsüblichen Vertriebsformen nicht vergleichbar. Besteht eine Kongruenz zwischen den weit verbreiteten und auch von VW nicht beanstandeten Mietwagengeschäften und der von Bal gewählten Vertriebsform, so kann Bal zu Recht auf eine Ungleichbehandlung hinweisen. Da das Gesetz selbst keine völlige Identität der Merkmale verlangt, wie der Verwendung des Begriffs "gleichartig" zu entnehmen ist, muß auf die Grundfunktion

---

281) Begründung zum Regierungsentwurf zu § 23, 3 b

282) Kartellgerichtsentscheidungen Nr. 118, 130, 132, 134, 135, 136, 163, 169

283) Vgl. die Anmerkungen von Beyer in NJW 1959, 943 zu Nr. 11; Summerer, S. 19; WuW/BkartA 499 = WuW 1962, 713; OLG Neustadt, WuW/E/OLG 252/253 = WuW 1959, 288

beider Unternehmensformen abgestellt werden.[284] Kriterien zur Bestimmung der Funktionsgleichheit einer Vertriebsform sind vor allem Art und Beschaffenheit der vertriebenen Ware, Vertriebsform, Eigenart der Absatzgebiete und Absatzwege.[285] Gemeinsam ist beiden, dem Automobilleasingvertrieb und dem herkömmlichen Mietwagengeschäft, daß sie zwar als Käufer auftreten, aber dennoch nicht die Funktion eines Endverbrauchers einnehmen, da sie den Kaufgegenstand Dritten zur eigentlichen Nutzung und Ingebrauchnahme überlassen. Beide Male wird das geschlossene Vertriebssystem des Herstellers respektiert und die Händlerorganisation beim Erwerb nicht umgangen. Der Unterschied zwischen beiden Vertriebsarten, und diesen Umstand hebt das Volkswagenwerk besonders hervor, liegt in der ungleichen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses, das Bal und die Mietwagenunternehmen ihren Kunden anbieten. Während das Mietgeschäft darauf beruht, daß eine Vielzahl von Kunden Vertragspartner werden, kommt beim Automobilleasinggeschäft nur einer Person der gesamte wirtschaftliche Wert des Kraftfahrzeuges zu.[286] Letztere Vertragsgestaltung kommt daher nach wirtschaftlicher Betrachtung einem Kauf sehr nahe.[287] Trotzdem wird man wohl beide Vertriebsformen noch als gleichwertig im Sinne des Kartellgesetzes ansehen müssen, wenn man beachtet, daß die Gewinnerzielung beide Male durch eine dem Kauf nachgeschaltete Vertriebsform erfolgt. Diese Funktion erfüllen beide Arten der Unternehmen in gleicher Weise. Beachtlich erscheint zudem, daß die Händler- und Verkaufsorganisation des Herstellers nicht ausgeschaltet wird, und daß zu den allgemeinen, für jeden Käufer geltenden Konditionen, erworben werden soll.

---

284) Vgl. WuW/E/BkartA 1046 = WuW 1966, 682

285) Vgl. Langen, § 26 Rdn. 20

286) Hinweis auf S. 7 ff.

287) Hinweis auf S. 135/136

Die Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB könnte aber dadurch versagt sein, daß dem diskriminierenden Unternehmen ein sachlich gerechtfertigter Grund für die Nichtbelieferung des ausgeschlossenen Unternehmens zur Seite steht. Durch den sich aus § 26 Abs. 2 GWB an sich in gewissen Grenzen ergebenden Abschlußzwang eines preisbindenden Unternehmens wird nämlich dennoch nicht generell eine Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages angeordnet. Es ist vielmehr eine Verkaufsverweigerung des preisbindenden Unternehmens dann und solange zulässig, wie sie auf einem wirtschaftlich vernünftigen und von der Rechtsordnung anerkannten Rechtfertigungsgrund beruht. Insoweit gilt der unser Recht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit auch für preisbindende Unternehmen, und in diesem Rahmen ist es einem solchen grundsätzlich gestattet, seinen Vertriebsweg nach eigener, selbstverantwortlicher unternehmerischer Überlegung selbst zu bestimmen[288], wobei allerdings auch die widerstreitenden Interessen des Herstellers und des betroffenen Abnehmers gegeneinander abgewogen werden müssen.[289] Der eigentliche, unausgesprochene Grund der Nichtbelieferung der Bal Leasing GmbH & Co. KG ist wohl der, daß das Volkswagenwerk eine eigene Gesellschaft zum Vertrieb von Kraftfahrzeugen auf Leasingbasis aufgebaut hat und daher nicht seine Produkte einem Konkurrenten zu überlassen gedenkt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob § 26 Abs. 2 GWB einen Hersteller, der dritten Unternehmen - den herkömmlichen Mietwagengesellschaften - seine Produkte zum Vertrieb überläßt, hindert, ein bestimmtes, diesen Gesellschaften gleichartiges Unternehmen - die Bal Leasing Gesellschaft - vom Vertrieb auszuschließen, weil er selbst auf dem Markt tätig sein will. Zwei in ihrer Interessensi-

---

288) Vgl. OLG München, WuW/E/OLG 286 = WuW 1960, 60
289) Benisch, Gemeinschafts-Kommentar, § 26 Rdn. 49

tuation vergleichbare Fälle verdeutlichen den Konflikt:

Das OLG Neustadt[290] verurteilte ein Elektrizitätswerk aufgrund des § 26 Abs. 2 GWB, ein lokales Elektrizitätswerk weiterhin mit Strom zu versorgen. Das Lieferwerk hatte sich geweigert, den Strombedarf des Beziehers weiterhin zu decken, weil es die stromabnehmende Kundschaft des lokalen Elektrizitätswerks selbst übernehmen wollte. In dieser Weigerung erblickte das OLG Neustadt eine sachlich ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung gegenüber anderen von der Beklagten belieferten Elektrizitätswerken bestimmter Städte, die sich in der gleichen Situation befanden wie die Klägerin, aber von dem Lieferwerk mit Strom versorgt wurden. Damit hat das OLG Neustadt als Rechtfertigungsgrund einer Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen nicht anerkannt, daß ein Hersteller, der grundsätzlich dritten Unternehmen seine Produkte zum Vertrieb überläßt, ein bestimmtes gleichartiges Unternehmen ausschließt, nur um sich dadurch selbst einen Teil des Marktes vorbehalten zu können.

Ähnlich ist ein Fall, der das Bundeskartellamt zum Einschreiten veranlaßte.[291] Das preisbindende Unternehmen Spiesshofer und Braun (Triumph) wollte im Wege einer Vertriebsbindung die Großhändler verpflichten, solche Einzelhändler nicht zu beliefern, die von dem Hersteller direkt beliefert werden sollten.[292] In einem Brief an den Hersteller

---

290) WuW/E/OLG 252 = WuW 1959, 288

291) BTD 1962, 50 = IV/1220; BK/B 2 - 642530 - V 181/61

292) In rechtsvergleichender Sicht ist auf den gleich gelagerten Fall White Motor Co. (372 U.s. 253 (1963) = 1963 Trade Cases § 70, 679; hierzu Markert WuW 1964, 299) hinzuweisen, der in den Vereinigten Staaten zu Auseinandersetzungen über den zulässigen Inhalt von Alleinvertriebsverträgen geführt hat, und wo es unter

wies das Bundeskartellamt darauf hin, daß diese Vertriebsbindung gegen § 26 Abs. 2 GWB verstoße. In der Vertriebsbindung des Herstellers, deren Unterzeichnung von den Großhändlern dadurch erzwungen werden sollte, daß der Hersteller mit einer Liefersperre drohte, sah das Bundeskartellamt eine unbillige Behinderung der Großhändler und damit einen Verstoß gegen § 26 Abs. 2 GWB. Der preisbindende Produzent nahm daraufhin von der Einführung der beabsichtigten Vertriebsbindung Abstand.

Dem Brief des Bundeskartellamtes und der Entscheidung des OLG Neustadt ist zu entnehmen, daß ein Hersteller, der seine Produkte grundsätzlich dritten Unternehmen zum weiteren Vertrieb überläßt, eine Behinderung (Triumph) oder Ungleichbehandlung (Elektrizitätswerk) nicht alleine damit rechtfertigen kann, daß er unmittelbar auf dem Markt selbst tätig sein will. Eine Behinderung oder Ungleichbehandlung und damit auch der Vorbehalt eines Marktteils zu Lasten eines bestimmten Unternehmens durch einen Hersteller erfordert eine zusätzliche Rechtfertigung. Das entscheidende Beurteilungskriterium ist darin zu sehen, ob die Wettbewerbsbeschränkung durch ein überwiegendes Interesse des Produzenten geboten ist. Ein schützenswertes Interesse an einem teilweisen Vorbehalt eines Marktes kann in der besonderen Marktsituation des Herstellers seine Ursache haben: Ein Vorbehalt eines Marktanteils durch den Produzenten,

---

anderem fraglich war, ob White Motor, einer der führenden Hersteller mittlerer und schwerer Lastkraftwagen, berechtigterweise seinen Zwischenhändlern verbieten durfte, bestimmte Kategorien von Abnehmern wie Großabnehmer und die öffentliche Hand zu beliefern ("customer restriction"), d a e s s i c h d e r e n B e l i e f e r u n g s e l b s t v o r b e h a l t e n h a t t e. Die Kundenbeschränkungen wurden von White damit begründet, daß der Hersteller diese sehr bedeutenden Abnehmer direkt beliefern müsse, um den hier herrschenden besonders scharfen Wettbewerb mit den übrigen Her-

der insoweit eine Diskriminierung bestimmter Unternehmen nach sich zieht, ist zulässig, wenn andernfalls eine Existenzgefährdung des Herstellers die Folge wäre, oder wo ein Hersteller versucht, erstmalig auf den Markt zu gelangen oder dort, wo der Hersteller so schwach ist und der Markt für seine Erzeugnisse so unbedeutend, daß er nur auf diese Weise einen gesicherten Absatz findet oder wenn beispielsweise die Einführung neuer, mit einem großen Absatzrisiko behafteter Produkte vorgesehen ist.[293] Der Gedanke, daß eine Diskriminierung durch ein preisbindendes Unternehmen, das einen Teil des Marktes sich selbst vorbehalten will, nicht gegen § 26 Abs. 2 GWB verstößt, falls die Behinderung oder Ungleichbehandlung durch die besondere Marktsituation des Herstellers erforderlich wird, bedeutet für den Rechtsstreit zwischen Bal und VW, daß VW berechtigt ist, einerseits herkömmliche Mietwagenunternehmen zu beliefern, gleichartige Unternehmen wie die Bal Gesellschaft aber auszuschließen - um sich somit einen Teil des Marktes, nämlich das dem Mietgeschäft vergleichbare Leasinggeschäft vorzubehalten, um dort selbst tätig zu sein -, falls besondere, gewichtige Gründe, die in der Sphäre des Herstellers liegen, den Gleichbehandlungsanspruch der Bal Gesellschaft ausschließen. Es ist infolgedessen zu prüfen, ob die Interessen des Volkswagenwerks die Diskriminierung der privaten Gesellschaft rechtfertigen. Hier ergeben sich einige Bedenken. VW hat zum Ausbau seiner Leasingvertriebsgesellschaft Kapital investiert, Personal geschult , um den Investitionswünschen der jeweiligen Interessenten gerecht zu

---

stellern bestehen zu können. Das Distriktgericht sah diese Vereinbarung als unzulässig an. Das Urteil des Obersten Gerichtshofs hob die Entscheidung des Distriktgerichts aus prozessualen Gründen auf, wies jedoch darauf hin, daß die von White getroffenen Beschränkungen möglicherweise der "rule of reason" entspreche, falls sie das einzige Mittel eines Unternehmens sei, sich im Wettbewerb zu behaupten.

293) Vgl. die Überlegungen von Turner im Fall White Motors, WuW 1966, 220

werden, und schließlich auch die Werbung dieser Vertriebsform finanziert. Trotzdem wird man wohl diese Interessen des Herstellers nicht ausschlaggebend sein lassen können, um eine Diskriminierung zu rechtfertigen, wenn man beachtet, daß die Belieferung privater LG für den Hersteller nur eine sehr schwache Konkurrenz bedeutet, da der Hersteller seine Leasing-Preise günstiger kalkulieren kann als ein Dritter, der seine Produkte erst vom Hersteller erwerben muß. Auch ist für den Hersteller die Marktsituation nicht so angespannt, daß er darauf angewiesen wäre, das Leasinggeschäft konkurrenzlos abzuwickeln; das Volkswagenwerk besitzt eine gesicherte Marktposition, so daß auch aus diesem Blickwinkel eine Ungleichbehandlung durch Vorbehalt eines Marktanteils nicht zu rechtfertigen ist. Eine Abwägung aller Interessen des Herstellers an einer Liefersperre gegenüber der privaten LG führt somit zu dem Ergebnis, daß die Diskriminierung nicht aus überwiegenden Interessen des Produzenten zu billigen ist, und daß daher § 26 Abs. 2 GWB verletzt ist.

Maßnahmen preisbindender Unternehmen, die nach § 26 Abs. 2 GWB verboten sind, haben Schadensersatzansprüche nach § 35 GWB und § 823 Abs. 2 BGB zur Folge; denn § 26 Abs. 2 GWB ist Schutzgesetz im Sinne dieser Haftungsgrundlagen.[294] Der besondere Zweck des Diskriminierungsverbots des § 26 Abs. 2 GWB besteht im Schutz der Wettbewerbsfreiheit vor willkürlichem Verhalten solcher Marktteilnehmer, denen eine gewisse Marktmacht und damit die Möglichkeit zu dirigistischer Einflußnahme gegeben ist.[295] Jedes vorsätzliche oder fahrlässige Handeln löst die Schadensersatzpflicht aus. Klageberechtigt ist das unmittelbar geschädigte Unterneh-

294) Vgl. WuW/E/BGH 349 = WuW 1960, 285
295) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 26 Rdn. 53

men.[296] Dieser Schutz des diskriminierten Marktgegners wäre unvollkommen, wenn er bei einem Verstoß gegen § 26 Abs. 2 GWB nicht auch verlangen könnte, daß der verweigerte Geschäftsverkehr mit ihm zu den üblichen Bedingungen aufgenommen wird. Wie schon die Dekartellierungsgesetze, so sieht auch das GWB in § 26 Abs. 2 einen unmittelbaren und generellen Abschlußzwang nicht vor.[297] Unter dem unser Recht beherrschenden Grundsatz der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit steht es jedem Marktbeteiligten frei, seine Vertragspartner nach eigener, selbstverantwortlicher, unternehmerischer Überlegung selbst zu bestimmen.[298] Indessen ist für den Bereich des § 826 BGB anerkannt, daß ein Inhaber von Monopolstellungen, der einen Vertragsschluß willkürlich und in sittenwidriger Weise verweigert, mittelbar über die Schadensersatzpflicht zum Kontrahieren verpflichtet ist.[299] Der gleiche Gedanke erlangt auch für § 26 Abs. 2 GWB Bedeutung. Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Vertragsschluß mit Kartellen, marktbeherrschenden Unternehmen und Preisbindern ist § 35 Abs. 1, § 26 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 249 BGB. Ein preisbindendes Unternehmen, das ohne sachlich gerechtfertigten Grund diskriminiert, ist unter der Voraussetzung des Verschuldens zum Schadensersatz verpflichtet. Der Umfang des Schadensersatzes bestimmt sich nach den §§ 249 ff. BGB. Nach dem Prinzip der Naturalrestitution steht dem diskriminierten Unternehmen zu, daß der preisbindende Hersteller mit ihm zu den allgemein üblichen Bedingungen abschließt.[300] Das bedeutet für den Rechtsstreit zwischen Bal und VW, daß der Hersteller

---

296) Vgl. Gentz, WuW 1961, 612

297) Vgl. Gentz, WuW 1961, 613; Summerer, S. 22; Hellwig, WuW 1959, 359; WuW/E/LG/AG 115

298) Vgl. Gentz, WuW 1961, 613

299) RG 48, 127; 132, 276; 133, 391; 143, 28; 148, 334; Gentz, WuW 1961, 613

300) Vgl.Gleiß, MDR 1952, 399 ff.; Fikentscher, WuW 1958, 265; WuW/E/OLG 288 f.; Gentz, WuW 1 961, 614

nicht nur verpflichtet ist, die Liefersperre aufzuheben, sondern außerdem zu den üblichen, für Großabnehmer geltenden Rabatten zu liefern hat.

2. T e i l : Immobilien-Leasing[301)]

I. Die wichtigsten Erscheinungsformen

Unter dem Immobilien-Leasing, wie es sich bisher in Deutschland herausgebildet hat, sind zwei Grundtypen zu unterscheiden, die wesentliche Unterschiede zueinander aufweisen; sie sollen im folgenden als "Anlagenpacht",-"miete" und "Sale-Lease-Back", Bezeichnungen, die sich im Geschäftsleben eingebürgert haben, umschrieben werden.

II. Vertragsgestaltung und Rechtsnatur der "Anlagenpacht", -"miete"

Sind unbewegliche Anlagegüter Vertragsgegenstand, so spricht man von "Anlagenpacht", -"miete" oder "Plant-Leasing". Unter diese Geschäftsform fallen aber auch Mobilien, wenn sie als Sachgesamtheit, zu kompletten Industrie-, Verwaltungs- und Wohnungsanlagen gehörend, neben Grundstücken Vertragsgegenstand sind. Neben Fabrikgebäuden, die mit Produktionsmitteln ausgestattet sind, schlüsselfer-

---

301) Vgl. Bitschnau, Die Anlagenpacht, S. 13; Kaminsky, Anlagenpacht, bei Hagenmüller, S. 63; Havermann, S. 21; Felix, Bilanzierung von Leasing-Verträgen über Immobilien beim Mieter, BB 1968, 96; Wegenast, Leasing: Mobil trotz Immobilien, Sonderdruck aus: Die Teilzahlungswirtschaft, Nr. 6, November 1967; ders. in Sonderdruck aus Handelsblatt Nr. 62 vom 27.3. 1968; Reimann, Immobilien-Leasing schont das Eigenkapital, Sonderdruck aus Handelsblatt Nr. 181 vom 19.9.1967

tigen Wohn- und Verwaltungsgebäuden, Büro- und Lagergebäuden und ähnlichen Einrichtungen werden auch maschinelle Anlagen, soweit es sich um geschlossene technische Einheiten handelt, im Wege der Anlagenpacht angeboten. Das Anlagenpachtsystem zielt nicht nur auf eine Finanzierung der Privatwirtschaft ab, sondern soll auch der Lösung von Finanzierungsaufgaben der öffentlichen Hand dienen. Die wesentlichen Merkmale der Anlagenpacht bestehen in sehr langfristigen Verträgen mit 15- bis 30jähriger Laufzeit. Der wirtschaftliche Zweck der Anlagenpacht ist die Fremdfinanzierung von Investition ohne jeglichen Einsatz von Eigenkapital. Inzwischen bestehen in der Bundesrepublik einige Gesellschaften, die vollständig auf Immobilien-Leasing spezialisiert sind. Die Gesellschaften finanzieren die Projekte nicht selbst, sondern wenden sich an Banken oder Kreditinstitute, zu denen sie feste Geschäftsbeziehungen unterhalten, oder von denen sie organisatorisch abhängen. Im Bereich des kommunalen Immobilien-Leasing ist die "Neue Heimat Kommunal - Gesellschaft zum Bau öffentlicher und sozialer Einrichtungen mbH, Hamburg", eine Tochtergesellschaft der gewerkschaftseigenen Unternehmensgruppe "Neue Heimat" zu erwähnen, die "Gesellschaft für kommunale Anlagen mbH", eine Gründung der Westdeutschen Landesbank-Girozentrale, Düsseldorf-Münster, sowie die "Gesellschaft für kommunales Leasing mbH, München", ein Unternehmen hinter dem u.a. die Bayrische Gemeindebank-Girozentrale steht. Die "Gesellschaft zur Finanzierung von Industrieanlagen mbH, Frankfurt a.M." ist eine gemeinsame Gründung der Deutschen Bank AG, Berliner Disconto Bank AG, Dresdner Bank AG, Commerzbank AG und der Bayrischen Staatsbank. Im Immobilien-Leasing für gewerbliche Bauten ist die "Leasing-Gesellschaft für Vermietungsprojekte mbH, Mainz" tätig, an der Girozentralen beteiligt sind.[302]

---

302) Vgl. Reimann, S. 4

Anlagenpachtverträge werden nicht nach AGB, sondern als Individualverträge abgeschlossen. Mögen auch die Einzelverträge in ihren tatsächlichen und rechtlichen Ausgestaltungen[303] voneinander abweichen, so lassen sich doch einige gemeinsame Merkmale aufzeigen, die eine Typisierung ermöglichen und Anhaltspunkte für eine rechtliche und steuerliche Wertung abgeben:[304] Die LG erwirbt von einem Dritten ein für die Bebauung vorgesehenes Grundstück im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Sie schließt sodann mit dem LN einen Vertrag, wonach sie nach dessen Plänen und Wünschen, die jedoch zuvor von ihr genehmigt sein müssen, das Gebäude zu errichten hat. Die Ausschreibung des Bauvorhabens erfolgt durch die LG; sie trifft auch die Entscheidung, welcher Unternehmer den Bauauftrag erhält. Auf die Planung des LN nimmt die LG nur dann Einfluß, wenn ihre Interessen gefährdet werden, wenn etwa die Kostenplanung hierzu begründeten Anlaß gibt. Dem LN ist in aller Regel die Entscheidung über die Wahl des Architekten, oder eines bestimmten technischen Systems überlassen. Die Laufzeit der Verträge bewegt sich zwischen 15 und 30 Jahren. Sie unterschreitet in der Regel die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer der finanzierten Objekte bei weitem, wenn man die steuerlich zulässige Abschreibungsdauer als Vergleichsmaßstab heranzieht; für Gebäude, die zum Anlagevermögen zählen, gelten die Bestimmungen des neuen § 7 Abs. 4 EStG, die einen Abschreibungszeitraum bis zu 50 Jahren festsetzen. Stellt man in Rechnung, daß der LN innerhalb einer die Nutzungsdauer unterschreitenden 15- bis 30jährigen Laufzeit nicht nur einen der Vertragszeit angemessenen Mietzins entrichtet, sondern den Kaufpreis nebst Finanzierungskosten und Gebühren der LG voll

303) Hinweis auf das Vertragsmuster eines Anlagepachtvertrages, Anhang S. A 10

304) Vgl. Bitschnau, bei Hagenmüller, S. 13 ff.

aufbringt[304a)], so muß man davon ausgehen, daß der LN von dem ihm vertraglich eingeräumten unentgeltlichen Optionsrecht in jedem Falle Gebrauch macht. Insofern ist es unrichtig, Immobilien-Leasing-Verträge als Gebrauchsüberlassungsverträge zu charakterisieren, und sie damit als Miet- oder Pachtverträge einzuordnen[305)], die nur eine zeitweilige Überlassung eines Vertragsgegenstandes zubilligen.[306)] Ihrem Wesen nach sind Immobilien-Leasing-Verträge Finanzierungsgeschäfte, deren mit einer Option verbundene Nutzungsvereinbarung allenfalls den Tatbestandsmerkmalen des Mietkaufs, Pachtkaufs entsprechen. Im Unterschied zu Mietkaufverträgen im eigentlichen Sinne sind sie jedoch so ausgestaltet, daß im Zeitpunkt des Kaufabschlusses bereits die gesamten von der LG aufgebrachten Anschaffungs- und Finanzierungskosten amortisiert sind, so daß der Kaufpreis bereits voll erbracht ist und nicht mehr als eine rechnerische Größe darstellt.

III. Besteuerung der "Anlagenpacht - miete"

Diese als atypisch zu bezeichnenden Verträge nähern sich in ihrem wirtschaftlichen Gehalt sehr dem Abzahlungskauf und sind selbst dann, wenn man die zurückhaltenden Bewertungsmaßstäbe der BFH-Rechtsprechung[307)] anlegt und als Anzeichen wirtschaftlichen Eigentums des "Mieter/Käufers" einen den Nutzwert der Ausrüstung im Verhältnis zur Miet-

---

304a) Hinweis auf Anhang S. A. 11 (1.)

305) So Bitschnau, bei Hagenmüller, S. 13 (20 f.); Kaminsky, bei Hagenmüller, S. 63; Reimann, S. 2

306) Über den Charakter der Gebrauchsüberlassungsverträge vgl. S. 39 ff.

307) Hinweis auf S. 137 ff.

oder Pachtzeit übersteigenden Zins und einen daraus folgenden von Anfang an bestehenden Erwerbswillen verlangt, nach der hier vertretenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise wie Kaufverträge zu besteuern[308]; denn Anlagepachtverträge sind

---

308) Gegenteiliger Ansicht sind Felix, BB 1968, 96 und Reimann, S. 3. Aktivierungspflichtig sei nur der Differenzbetrag zwischen den vereinbarten Leasing-Raten und einem der Nutzungszeit angemessenen Miet- oder Pachtzins. Insoweit seien die Mieten nicht Aufwand und daher auch nicht steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben, sondern Entgelt für das eingeräumte Optionsrecht nach Ablauf der Grundmietzeit. Die monatlich wiederkehrenden Zahlungen an die LG seien dementsprechend in ein Nutzungsentgelt und in einen Aufwand für den Erwerb der Option aufzuteilen. Der Wert des Optionsrechtes müsse geschätzt werden. Hierbei seien verschiedene Schätzungsmodalitäten möglich (vgl. Felix, BB 1968, 96 (99)). Da eine Kostenmiete vereinbart werde und bei Mietende der Tilgungs- und Zinsdienst beendet sei, biete sich an, das Optionsrecht mit dem fiktiven Buchwert des Grundstücks gleichzusetzen. Der fiktive Buchwert sei derjenige, der bestünde, wenn das Grundstück von dem Mieter selbst erworben und das Gebäude von ihm hergestellt worden wäre. Dieser fiktive Buchwert sei unter Anwendung fiktiver Abschreibungen von den tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten der LG zu ermitteln. - Adäquat erscheine auch eine Methode der Bewertung, die das Optionsrecht mit Hilfe der nach jeweils zu zahlenden Mieten errechnet. Da die Miete fest kalkuliert sei, zahle der LN mittelbar zunächst insbesondere Zinsen, gegen Mietende dagegen insbesondere Tilgungen. Nur die Tilgungen stünden mit den Anschaffungskosten des Optionsrechtes im Zusammenhang. Diese zweite Methode führe zu dem auch betriebswirtschaftlich einleuchtenden Ergebnis, daß das Optionsrecht im Werte nicht linear, sondern progressiv wachse (vgl. im einzelnen die rechnerischen Beispiele bei Felix, BB 1968, 96 (99)). - Abgesehen davon, daß diese Betrachtungsweise den Begriff des wirtschaftlichen Eigentums verkennt, dürfte es näherliegen, sofern man nur das Optionsrecht und nicht den gesamten Anschaffungswert als aktivierungspflichtig ansieht, das Optionsrecht des LN ebenso zu bilanzieren wie das Heimfallrecht des Verpächters, der nach Pachtende entschädigungslos in den Besitz der Pächterbauten kommt. Grundsätzlich ist das Heimfallrecht

von "vornherein" auf Eigentumswechsel ausgerichtet, sie lassen dem LN nicht die freie Wahl einer Rückgabe der Vertragsgegenstände und sehen Ratenzahlungen vor, deren Höhe, vergleicht man die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer mit der Laufzeit des Vertrages, den Gebrauchswert nicht unerheblich übersteigt.

IV. Finanzierung

Immobilien-Leasing-Verträge werden nicht nur von Banken mit eigenem Kapital, sondern auch durch Ausgabe sog. Immobilien-Leasing-Zertifikate finanziert, wie das Beispiel der Investitions- und Handelsbank AG, Frankfurt, zeigt.[309] Sie gründete im Jahre 1967 die "Sachwert-Leasing GmbH & Co. Kommanditgesellschaft Anlagefond" und schuf damit den ersten Immobilien-Leasing-Fond; sie ist deren alleinige Kommanditistin. Persönlich haftender Gesellschafter ist die zu diesem Zweck gegründete "Allgemeine Sachwert-Leasing GmbH" in Mannheim. Das Kapital der LG wurde in 6500 Zertifikate über nominell 1000 DM eingeteilt und privaten Interessenten zum Kurs von 104 % verkauft. Die Investitions- und Handelsbank ist für die Gesamtheit aller Inhaber der Zertifikate als Treuhänderin tätig. Der LN verpflichtet sich, die Zertifikate den privaten Sparern abzukaufen, bis schließlich nach Ablauf

---

nicht sukzessiv zu aktivieren, sondern es erhöht einmalig den Gewinn, wenn die Wirtschaftsgüter nach Pachtende dem Verpächter zufließen (vgl. RFH RStBl 1929, 617 Nr. 911; BFH v.1.12. 1961 StRK EStG § 21 R 112; BFH v. 30.10.1964, StRK EStG R 198). Gleichermaßen wie das Heimfallrecht des Verpächters wäre das Optionsrecht des LN bis zu seiner tatsächlichen Verwirklichung ein noch nicht realisierter und daher auch noch nicht aktiviertungspflichtiger Gewinn und daher nicht sukzessiv im Laufe der Vertragszeit, sondern allenfalls am Vertragsende in Höhe seines Wertes zu bilanzieren.

309) Frankfurter Börsenbriefe vom 9.10.1967; Börsenzeitung vom 27.10.1967

von 25 Jahren die Anleihen zurückgezahlt sind. Vorgesehen ist, daß der LN jährlich vier Prozent der ausgegebenen Zertifikate ankauft. Dies soll mit einem je Kalenderjahr um zwei Prozent steigenden Aufgelt (vom Nominalwert der Zertifikate gerechnet) geschehen. Danach wäre der Ankaufspreis schließlich auf 150 % gestiegen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt müssen alle Zertifikate an den LN veräußert werden. Eine Auslösung findet nicht statt, so daß es im Ermessen des Zertifikatsinhabers steht, zu welchem Zeitpunkt er sich von den Stücken trennt.

Das Immobilien-Leasing-Zertifikat bietet eine relativ hohe feste Verzinsung von sieben Prozent (bei den Immobilien-Zertifikaten meist nur fünf bis sechs Prozent) und außerdem ein garantiertes Aufgelt. Der Käufer weiß auch von Anfang an, was er bis zum Fälligwerden seiner Anlage zu erwarten hat, während sich bei den herkömmlichen Immobilien-Zertifikaten erst im Laufe der Jahre herausstellt, wie groß der Wertzuwachs des angelegten Vermögens ist.

V. Sonderform des "Sale and Lease-Back"

Diese Sonderform der Anlagenpacht hat den Verkauf von unbeweglichen Anlagegütern an LG zum Gegenstand, verbunden mit einer sofortigen Rücküberlassung der Gebäude und Anlagen an den als Verkäufer auftretenden Unternehmer. Durch Besitzkonstitut werden die Eigentumsrechte auf den Käufer übertragen, während die Nutzungen des Vertragsobjektes dem früheren Eigentümer verbleiben. Im Unterschied zur Anlagenpacht werden über Sale Lease-Back nicht neuwertige, sondern bereits gebrauchte Ausrüstungen vermietet oder verpachtet. Entwickelt wurde diese Finanzierungsform in den USA und hat dort bereits

Verbreitung gefunden.[310] Aufsehen hat dieses Verfahren vor allem durch die Transaktionen des schottischen Kaufhausunternehmers Fraser erregt, der sich durch den Verkauf und die Rückmiete von Immobilien einen bedeutenden Warenhauskonzern aufbaute.[311]

In welchem Umfang in der Bundesrepublik Sale Lease-Back-Geschäfte abgeschlossen werden, ist nicht bekannt. Jedoch haben bereits die Deutsche Leasing GmbH Düsseldorf und die Münnemann Industrie-Anlagen AG ihre Bereitschaft zum Abschluß von Sale Lease-Back-Geschäften in Werbeanzeigen kundgetan.[312]

---

310) Vgl. Kübler, Der Markt wird breiter, Der Volkswirt 1963, 2220 (2221); Institut Finanzen und Steuern, S. 16

311) "Die ersten Immobilienverkäufe Anfang 1952 brachten 2,5 Mio. Pfund, wovon nach einer Mio. Pfund Hypothekenrückzahlung ein Überschuß von 1,5 Mio. Pfund verblieb. Man kaufte die beiden Glasgower Einzelhandelsgeschäfte Wood & Selby und Duncan's und realisierte deren Immobilien. Für einen Preis von 3 Mio. Pfund wurde die Scottish Drapery Corporation erworben, mit ihr Nettoaktiva im Realwert von 4,6 Mio. Pfund (Bilanzwert des Grundbesitzes 2,3 Mio. Pfund). Das "House of Fraser" war nun ziemlich flüssig und übernahm für fast 5 Mio. Pfund die Warenhausgruppe Binns of Sunderland, wovon, wie man in der City glaubt, an das House of Fraser ein Kapitalgewinn von 1,36 Mio. Pfund aus dem Verkauf von Binns-Grundeigentum wieder zurückfloß. Die "Eroberung" Londons durch den schottischen Konzern mittels Angliederung der beiden Warenhauskonzerne Barkers (für 10 Mio. Pfund) und Harrods (für 10 Mio. Pfund) basierte weitgehend auf der Methode des Verkaufens und Zurückmietens von Grundbesitz, verbunden mit einer Zwischenfinanzierung und nachfolgender Fundierung der Überbrückungskredite aus dem Erlös der Immobilienverkäufe." (Havermann, S. 28 Anm. 57)

312) Vgl. Havermann, S. 29

Steuerproblematik

Bestandteil des Sale Lease-Back-Geschäftes ist ein Anlagenpachtvertrag (Rückverpachtung und Optionsrecht). Insoweit ist das Sale Lease-Back-Finanzierungsgeschäft wie ein "Anlagenpachtvertrag" zu besteuern.[313] Der einer Rückverpachtung vorhergehende Verkauf an die LG wirft zusätzlich steuerrechtliche Fragen auf. Einmal löst die Übertragung der Grundstücke Grunderwerbssteuer aus. Zum anderen - und darin dürfte das größte Hindernis zu erblicken sein, das einer Verbreitung dieses Finanzierungssystems in der Bundesrepublik entgegensteht - kann ein wertgerechter Verkaufspreis bei Immobilien zu steuerpflichtigen Veräußerungsgewinnen führen, die nicht selten mehr als die Hälfte der veräußerten Substanz ausmachen[314]; Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens sind insbesondere aufgrund der Höchstvorschriften der DM-Bilanzgesetze und der allgemeinen Preisentwicklung häufig mit Werten bilanziert, die wesentlich unter ihren Verkehrswerten liegen. Nach dem geltenden Einkommensteuerrecht sind die bei der Veräußerung derartiger Wirtschaftsgüter realisierten stillen Reserven grundsätzlich sofort und in voller Höhe und nach dem allgemeinen Tarif zu versteuern.

1. § 6 b EStG

In Durchbrechung dieses bisher nahezu uneingeschränkt geltenden Prinzips[315] sieht der mit Wirkung vom

313) Hinweis auf S. 162 ff.

314) Vgl. R. Thiel, Übertragung stiller Reserven, S. 24 IV Rdn. 5

315) Die Rechtsprechung ließ bisher zu, daß bei bestimmt gearteten Tauschvorgängen, insbesondere beim Aktientausch, die stille Reserve des hingegebenen Wirtschaftsgutes auf das eingetauschte Wirtschaftsgut übertragen werden darf, wenn die getauschten Güter "wert-,

1.1.1965 in Kraft getretene § 6 b EStG[316] vor, daß Gewinne, die bei der Veräußerung gewisser Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens erzielt werden, durch Absetzung von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten gewisser neu beschaffter Anlagegüter neutralisiert werden können. Im Hinblick darauf, daß bei voller Besteuerung eventuell in Anlagegütern ruhender stiller Reserven für Sale Lease-Back-Geschäfte hohe Steuerlasten eintreten können[317], erscheint es angebracht, näher auf die Ausnahmevorschrift des § 6 b EStG einzugehen und zu untersuchen, inwieweit sie eine Besteuerung der bei Sale Lease-Back-Geschäften aufgedeckten stillen Reserven vermeiden hilft.

Nach § 6 b EStG können Steuerpflichtige, die bestimmte Anlagegüter veräußern, die hierbei erzielten Gewinne ganz oder teilweise von den Buchwerten bestimmter neu angeschaffter oder hergestellter Anlagegüter abziehen. Dies bedeutet, daß die bei der Veräußerung aufgedeckten stillen Reserven auf die neu angeschafften oder hergestellten Anlagegüter übertragen werden können. Der bei der Veräußerung entstandene Gewinn wird also neutralisiert und bleibt daher ohne Steuerbelastung.
§ 6 b EStG verwirklicht den Grundsatz, daß realisierte stille Reserven des Anlagevermögens auf Ersatzinvestitionen übertragen werden können, aber nicht uneingeschränkt, sondern begrenzt die Übertragbarkeit auf Gewinne, die bei der Veräußerung bestimmter Anlagegüter erzielt werden und sieht außerdem vor, daß die aufgedeckten stillen Reserven wiederum nur auf bestimmte Anlagegüter über-

---

art- und funktionsgleich" sind (vgl. das Gutachten des BFH v.16.12.1958 BStBl 1959 III, 30). Im Wege der Rechtsfortbildung ließ es die Rechtsprechung ferner zu, daß stille Reserven jeglicher Art, die durch einen Akt der höheren Gewalt realisiert werden, einer Rücklage für Ersatzbeschaffung zugeführt und im Wege der Auflösung dieser Rücklage auf ein aus der Entschädigungsleistung beschafftes funktionsgleiches Ersatzwirtschaftsgut übertragen werden können (vgl. im einzelnen Abschn.35 EStR 1963).

316) BGBl 1964 I, 886

tragen werden können. Diese als systemwidrig zu bezeichnende Einschränkung[318] hat zur Folge, daß § 6 b EStG den Charakter einer Begünstigungsvorschrift annimmt, die unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Vermögenszuwachstheorie nur bestimmt geartete Veräußerungsgewinne begünstigt und ihnen eine schonende steuerliche Behandlung zuteil werden läßt.[319]

Zu den begünstigten Wirtschaftsgütern, deren stille Reserven neutralisiert werden können, zählen sämtliche Objekte des Sale Lease-Back-Verfahrens (Grund und Boden, Gebäude, bewegliche Anlagegüter), abnutzbare bewegliche Veräußerungsobjekte jedoch nur, soweit ihnen eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von mehr als 25 Jahren zukommt.

---

317) Auszunehmen wären die wohl seltenen Fälle, in denen neu angeschaffte und damit Anlagegüter, die noch keine stillen Reserven bilden konnten, als Finanzierungsgrundlage dienen.

318) R. Thiel, Übertragung stiller Reserven, Rdn. 8

319) Bei der Begrenzung des Kreises begünstigter Veräußerungsgewinne ließ sich der Gesetzgeber von dem Gedanken leiten, daß sich nach den bisher gemachten Erfahrungen nur die Besteuerung bestimmt gearteter exzeptioneller Veräußerungsgewinne als wirtschaftlich nachteilig erwiesen hat, daß aber kein Anlaß bestand, den Veräußerungsgewinnen, die jedweder Geschäftsablauf mit sich bringt, eine schonende steuerliche Beurteilung zuteil werden zu lassen. Dementsprechend beschränkt Abs. 1 S. 1 die Regelung auf Gewinne, die bei der Veräußerung von Grund und Boden, Wald, Gebäuden, abnutzbaren beweglichen Wirtschaftsgütern mit einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von mindestens 25 Jahren, Schiffen oder Anteilen an Kapitalgesellschaften entstehen (vgl. die Begründung zum Entwurf des § 6 b EStG, Bundestagsdrucksache IV/2400, S. 63 zu § 6 b Abs. 1 S. 1 EStG).

Die Begünstigung des § 6 b EStG setzt voraus, daß die stillen Reserven der privilegierten Anlagegüter auf Reinvestitionsobjekte bestimmter Art übertragen werden. Wie die Reinvestitionen beschaffen sein müssen, um die bei der Veräußerung entstehenden Gewinne neutralisieren zu können, ist der recht umfangreichen und unübersichtlichen Regelung des § 6 Abs. 1 S. 2 EStG zu entnehmen. Folgende Grundlinien lassen sich aufzeigen[320]: In der Regel[321] ist es zulässig, den Veräußerungsgewinn auf Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Reinvestitionsgutes zu übertragen, das dem veräußerten Anlagegut wesensgleich ist, etwa dem Gewinn von Grund und Boden auf die Anschaffungskosten von neu erworbenem Grund und Boden. Auch können die begünstigten Veräußerungsgewinne stets auf die Anschaffungs- oder Herstellungskosten abnutzbarer Wirtschaftsgüter übertragen werden (z.B. bei Grund und Boden aufgedeckte stille Reserven auf Gebäude). Gebäude sind in einem erweiterten Umfang als Reinvestitionsobjekte geeignet. Auf ihre Anschaffungs- oder Herstellungskosten können Veräußerungsgewinne übertragen werden, die durch Veräußerung von Grund und Boden, von Anteilen an Kapitalgesellschaften und von Aufwuchs auf oder Anlagen in Grund und Boden landwirtschaftlicher Betriebe herrühren.

2. Die einzelnen Übertragungsmöglichkeiten

Der Katalog des § 6 b EStG läßt Sale Lease-Back-Geschäften verschiedene Varianten offen. Überträgt ein Unternehmen Grundstücke mit Gebäuden und dazugehörenden Maschinen an eine LG, so kann es aus der Veräußerung des Grund und Bodens aufgedeckte stille Reserven auf abnutzbare bewegliche

320) Vgl. R. Thiel, Stille Reserven, Rdn. 10

321) Eine Ausnahme gilt für Anteile an Kapitalgesellschaften.

Wirtschaftsgüter, Grund und Boden, Gebäude, und, eine Möglichkeit, die nur in seltenen Fällen praktisch werden dürfte, auf Anlagen im Grund und Boden, die zu einem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb gehören, übertragen. Gewinne aus der Veräußerung von Gebäuden lassen sich nicht auf Grund und Boden, wohl aber auf abnutzbare bewegliche Wirtschaftsgüter und Gebäude als auch auf Anlagen im Grund und Boden, soweit sie zu einem land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehören, übertragen. Die Reinvestitionsmöglichkeit für abnutzbare bewegliche Wirtschaftsgüter ist in doppelter Hinsicht begrenzt. Veräußerungsgewinne sind nur dann übertragbar, wenn den Wirtschaftsgütern eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von mindestens 25 Jahren zukommt und können nur in abnutzbare bewegliche Anlagegüter und Anlagen in Grund und Boden, falls sie zu einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb gehören, reinvestiert werden. Fiskalisch gesehen, ist es für den Steuerpflichtigen am ungünstigsten, wenn er die aufgedeckten stillen Reserven auf abnutzbare, bewegliche Wirtschaftsgüter überträgt, weil auf diese Weise eine Besteuerung der übertragenen stillen Reserven auf dem Weg über eine Minderung des künftigen Abschreibungsvolumens regelmäßig in nicht allzu ferner Zukunft erfolgt.[322] Aus diesem Grund empfiehlt es sich, von der uneingeschränkt gebotenen gesetzlichen Reinvestitionsmöglichkeit der zu begünstigenden stillen Reserven auf abnutzbare, bewegliche Wirtschaftsgüter nur dann Gebrauch zu machen, wenn nicht abschreibbare Reinvestitionsobjekte nicht vorhanden sind oder wenn eine Übertragung auf nicht abschreibbare Wirtschaftsgüter gesetzlich ausgeschlossen ist.

Die Anwendung der § 6 b EStG-Begünstigung erfordert nicht nur ein geeignetes Veräußerungsobjekt

322) Vgl. R. Thiel, Stille Reserven, S. 29 Rdn. 11

und ein gleichermaßen geeignetes Reinvestitionsgut, sondern setzt ebenso wie andere begünstigende steuerliche Vorschriften voraus, daß der Steuerpflichtige seinen Gewinn aufgrund ordnungsmäßiger Buchführung nach § 4 Abs. 1 oder § 5 EStG ermittelt wird § 6 b Abs. 4 S. 1 Nr. 1 EStG; denn ohne ordnungsmäßige Buchführung würden die zutreffende Ermittlung der übertragungsfähigen stillen Reserven und deren Übertragung auf neu angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter nur schwer möglich, und die Auswirkungen dieser Übertragung auf den künftigen Gewinn für die Finanzverwaltung nur schwer zu verfolgen sein. Der Gewinn muß demnach durch Bilanzierung (Bestandsvergleich) ermittelt werden; eine Gegenüberstellung der Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben (Gewinn- und Verlustrechnung) genügt nicht. Die Bilanzen müssen zudem Bestandteil einer ordnungsmäßigen Buchführung sein. Eine Buchführung ist ordnungsmäßig, wenn sie den handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Buchführungsvorschriften (§§ 38 ff. HGB und §§ 160 ff. AO) und den von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten ungeschriebenen Buchungsgrundsätzen entspricht.

Weitere Schranken, die eine Steuerbegünstigung hindern können, richtet § 6 b Abs. 4 S. 1 Nr. 2 EStG auf. Ein Steuervorteil kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die veräußerten Wirtschaftsgüter im Zeitpunkt der Veräußerung mindestens 6 Jahre ununterbrochen zum Anlagevermögen einer inländischen Betriebsstätte des veräußernden Steuerpflichtigen gehört haben.

Zum Anlagevermögen zählen alle Wirtschaftsgüter, die nicht nur vorübergehend dazu bestimmt sind, dem Betrieb zu dienen. Für die Abgrenzung zwischen Anlage- und Umlaufvermögen ist die Zweckbestimmung der Wirtschaftsgüter maßgebend. Es kommt demnach entscheidend darauf an, wozu die Wirtschaftsgüter nach dem Willen des Steuerpflichtigen bestimmt sind.

Eine von der Zweckbestimmung abweichende Bezeichnung oder Gruppierung in der Bilanz ist nicht ausschlaggebend. Demnach werden Wirtschaftsgüter, die nach ihrer Zweckbestimmung zum Anlagevermögen zu zählen sind, nicht dadurch zu Umlaufvermögen, daß sie als Umlaufvermögen bilanziert werden. Erwirbt hingegen ein Steuerpflichtiger beispielsweise Grund und Boden, um diesen baldmöglichst zu veräußern, so rechnen diese Wirtschaftsgüter zum Umlaufvermögen, auch wenn sie im Bilanzschema dem Anlagevermögen zugeordnet sind. Die Bilanzierung eines Wirtschaftsgutes kann allerdings ein Anzeichen für die bilanzmäßige Zuordnung sein, falls die Zweckbestimmung nicht klar erkennbar ist. Unbeachtlich ist der bilanzmäßige Ausweis jedoch dann, wenn besondere Umstände, etwa das Gesamtbild der Verhältnisse oder sonstige objektive Anhaltspunkte ergeben, daß die bilanzmäßige Eingruppierung unzutreffend ist.[323)]

Da die 6 b-Begünstigung nicht Spekulationsgeschäften Vorschub leisten soll[324)], ist sie nicht auf Gewinne anwendbar, die bei der Veräußerung von Wirtschaftsgütern entstehen, die im Zeitpunkt der Veräußerung nicht mindestens 6 Jahre ununterbrochen zum Anlagevermögen einer Betriebsstätte gehören.

Die Neutralisierung von Gewinnen, die bei der Veräußerung von Wirtschaftsgütern einer gewerblichen Betriebsstätte entstehen, setzt nicht nur 6jährige Betriebszugehörigkeit schlechthin, sondern eine Zugehörigkeit zu einem inländischen[325)] Betrieb des

---

323) R. Thiel, Übertragung stiller Reserven, Rdn. 59 - 60; ähnlich Herrmann Heuer, § 4 Rdn.23 - 24

324) Vgl. Amtliche Begründung in Bundestagsdrucksache 1964 IV/2400, S. 64 zu § 6 b Abs. 4 S. 1 Ziff. 2 EStG

325) Diese Einschränkung entbehrt insoweit einer inneren Berechtigung, als sie ausländischen Betriebsstätten, die einer inländischen Besteuerung unterliegen, die 6 b-Begünstigung versagt (R. Thiel, Übertragung stiller Reserven, Rdn.63).

Veräußernden voraus. Betriebsstätte i.S. des § 6 b EStG ist jede feste örtliche Anlage oder Einrichtung, die der Ausübung des Betriebes eines stehenden Gewerbes im Inland dient, § 16 StAnpG. Als Betriebsstätte gelten danach insbesondere Zweigniederlassungen, Fabrikationsstätten, Warenlager, Ein- und Verkaufsstellen und die Stätte der Geschäftsleitung.

§ 6 b Abs. 4 S. 1 Ziff. 4 EStG beschränkt die 6b-Begünstigung auf Veräußerungsgewinne, die bei der Ermittlung des im Inland steuerpflichtigen Gewinns nicht außer Ansatz bleiben. Daß der Steuerpflichtige nur steuerpflichtige Gewinne übertragen kann, ist eine nahezu selbstverständliche Klarstellung des Abs. 4 S. 1 Ziff. 4.[326] Die Vorschrift will damit sicherstellen, daß ein Steuerpflichtiger, der einen nicht steuerpflichtigen Gewinn erzielt, für diesen Gewinn nicht die 6 b-Begünstigung zugunsten seines steuerpflichtigen Gewinns beanspruchen kann.[327] Die Übertragung von begünstigten Veräußerungsgewinnen auf geeignete Reinvestitionsobjekte ist an gewisse Fristen gebunden. Es ist möglich, daß die aufgedeckten Gewinne im Veräußerungsjahr von den Anschaffungs- oder Herstellungskosten der im gleichen Jahr beschafften Reinvestitionsobjekte abgesetzt werden, § 6 b Abs. 1 S. 1 EStG. Hat der Steuerpflichtige

---

326) R. Thiel, Übertragung stiller Reserven, Rdn.69

327) Ein Steuerpflichtiger, der bei der Veräußerung seines Wirtschaftsgutes einen Gewinn erzielt, der bei der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 oder § 5 EStG nicht erfaßt wird (z.B. Gewinne aus der Veräußerung von Grund und Boden i.S. des Abs. 4 1 letzter Satz § 6 b EStG) oder aus anderen Gründen bei der Ermittlung des im Inland steuerpflichtigen Gewinns außer Ansatz bleibt (z.B. infolge der Freigrenzen in § 14 Abs. 2, § 16 Abs. 4 oder § 18 Abs. 3 EStG), könnte andernfalls den Gewinn nach § 4 Abs. 1 oder § 5 EStG auch in Höhe der stillen Reserven mindern. Dies wäre jedoch mit dem Grundgedanken des § 6 b EStG, bestimmte Veräußerungsgeschäfte steuerlich zu entlasten, nicht in Einklang zu bringen (vgl. Amtliche Begründung in Bundestagsdrucksache 1964 IV/2400 S. 65 zu § 6 b Abs. 4 Ziff. 4 EStG).

im Jahr der Veräußerung nicht genügend investiert, um die stillen Reserven übertragen zu können, oder hat er im Veräußerungsjahr zwar Reinvestitionsobjekte angeschafft oder hergestellt, auf die er die Gewinne nicht übertragen will, z.B. weil er die Veräußerungsgewinne aus Grund und Boden nicht auf abnutzbare bewegliche Anlagegüter überschreiben will, so steht es ihm frei, im Wirtschaftsjahr der Veräußerung, eine den steuerlichen Gewinn mindernde Rücklage zu bilden, § 6 b Abs. 3 S. 1 EStG. Auf diese Weise kann auch der im Veräußerungsjahr noch nicht auf Reinvestitionsobjekte übertragene Gewinn während der dem Veräußerungsjahr folgenden zwei Wirtschaftsjahre neutralisiert werden. Innerhalb dieser Zwei-Jahresfrist ist die Rücklage auf Reinvestitionen übertragbar. Ist eine Rücklage am Schluß des zweiten auf ihre Bildungen folgenden Wirtschaftsjahres noch vorhanden, so ist sie gewinnerhöhend aufzulösen, § 6 b Abs. 3 S. 5 EStG. Sonderfristen gelten für Reinvestitionen begünstigter Gewinne auf Gebäude. Die Übertragung der Rücklage ist bis zum Ablauf des vierten auf das Wirtschaftsjahr der Veräußerung folgenden Wirtschaftsjahres zulässig, falls es sich um neu hergestellte Gebäude handelt, mit deren Herstellung vor Ablauf des zweiten auf das Jahr der Rücklagenbildung folgenden Wirtschaftsjahres begonnen worden ist, § 6 b Abs. 3 S. 3 EStG. Eine Rücklage bilden verbunden mit einer Neutralisierung der verwirklichten Gewinne für zwei Jahre kann der Steuerpflichtige unabhängig davon, ob er die Absicht hat, Investitionen in naher Zukunft vorzunehmen oder nicht. In jedem Falle empfiehlt es sich daher, die zweijährige Rücklagefrist voll auszuschöpfen und die mit einer Steuerstundung verbundenen Vorteile wahrzunehmen. Die Rücklagenbildung ist unter der Voraussetzung zulässig, daß nicht nur in der Steuerbilanz, sondern auch in der Handelsbilanz ein entsprechender Passivposten aus-

gewiesen wird. Diese Bindung der Steuerbilanz an die Handelsbilanz soll sicherstellen, daß die begünstigten Gewinne nicht ausgeschüttet werden. Würde die Rücklage in der Handelsbilanz nicht ausgewiesen, so ginge der Gewinn in den handelsrechtlichen Jahresüberschuß ein und könnte infolgedessen ausgeschüttet werden und stünde dann für die Anschaffung oder Herstellung neuer Wirtschaftsgüter nicht mehr zur Verfügung.[328)]

Die dargestellten Leitlinien des § 6 b EStG zeigen die mannigfachen, aus vielfältigen dirigistischen Überlegungen stammenden Einschränkungen, die den Grundsatz, daß Gewinne aus Veräußerungen von Anlagegütern übertragen werden können, zur Ausnahme werden lassen. Nur in den von der Begünstigungsvorschrift gesetzten Schranken lassen sich daher Steuernachteile, die Sale Lease-Back-Geschäfte belasten können, ausräumen. Nur in Grenzen sind Anlagegüter, die stille Reserven aufweisen, daher als Gegenstand einer Sale Lease-Back-Finanzierung geeignet. Will sich ein Unternehmen nicht mit einer zweijährigen Rücklagenbildung und damit einer zeitlich beschränkten Steuerstundung begnügen, so ist Grundvoraussetzung einer steuerschonenden Reinvestition, daß ein gleichwertiges, dem veräußerten Anlagegut wesensgleiches Reinvestitionsobjekt innerhalb der im Regelfall geltenden Zweijahresfrist angeschafft oder hergestellt wird, um die Veräußerungsgewinne aufnehmen und neutralisieren zu können.

V. Funktion der "Immobilien-Leasing"-Gesellschaften

1. § 12 KWG

Immobilien-Leasing-Geschäfte werden nicht nur un-

328) So die amtliche Begründung, Bundestagsdrucksache IV, 2400, S. 64 zu § 6 b Abs. 3 EStG

mittelbar, sondern auch unter Einschaltung einer LG von Banken finanziert. Die Zwischenschaltung einer LG hat rechtliche und wirtschaftliche Gründe. Einmal erscheint es zweckmäßig, Spezialaufgaben einem Sonderinstitut zu übertragen, zum anderen sind die Bestimmungen des Kreditwesengesetzes zu beachten. § 12 KWG schreibt vor, daß dauernde Anlagen eines Kreditinstituts in Grundstücken, Gebäuden, Schiffen und Beteiligungen nach dem Buchwert berechnet, zusammen das haftende Eigenkapital nicht überschreiten dürfen. Begründen nun - eine Frage, die für Kreditinstitute von einschneidender Bedeutung ist - langjährige Immobilien-Leasing-Verträge mit 10- bis 30jähriger Laufzeit eine nur vorübergehende und im Sinne des § 12 KWG neutrale Anlage oder sprechen die langjährige Vertragszeit und das damit verbundene 10- bis 30jährige Eigentumsrecht eher für eine Daueranlage der Bank?[329] Im letzteren Falle wären Kreditinstitute, deren Eigenkapital im Verhältnis zum Geschäftsvolumen gering ist, wie z.B. Girozentralen oder Banken, deren Bestand an Grundstücken, Gebäuden, Beteiligungen usw. die Grenzen des § 12 KWG erreichen, vom Immobilien-Leasing-Geschäft ausgeschlossen und gehalten, solche Finanzierungsgeschäfte unter Einschaltung einer besonderen Gesellschaft abzuschließen, die den Einschränkungen des KWG nicht unterfällt.

Eine Begriffsbestimmung der "dauernden" Anlage gibt das Gesetz nicht. Versuche einer Inhaltsbestimmung finden sich in den Kommentierungen zum Kreditwesengesetz. Ungeeignet für die Zuordnung als Daueranlage ist nach Szagunn-Neumann[330] die Bilanz der Kreditinstitute. Bei den von § 12 KWG erfaßten Vermögensgegenständen muß es sich zwar um dauernde Anlagen und damit um Posten des Anlagevermögens handeln, die am Abschlußstichtag bestimmt

329) Vgl. Ringleb, Der Volkswirt 1964, 2502
330) Szagunn-Neumann, § 12 KWG Rdn. 7

sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb des Kreditinstituts zu dienen (§ 152 Abs. 1 S. 1 AktG), jedoch läßt sich dies aus den derzeitigen Formblättern der Bankbilanzen nicht zweifelsfrei erkennen, da sie mit Ausnahme der Beteiligungen keine Position für das Anlagevermögen i.S. des § 152 Abs. 1 S. 1 AktG vorsehen. Maßgebend für die Frage, ob eine Daueranlage vorliegt, ist mangels eines Bilanzhinweises in erster Linie - und das entspricht allgemeiner in der Literatur vertretener Ansicht[331] - die Absicht des Kreditinstituts. Soll der Gegenstand für länger behalten werden, so handelt es sich um eine Daueranlage; soll er nach dem Willen des Kreditinstituts nur vorübergehend beim Kreditinstitut bleiben, etwa Grundstükke, Gebäude, grundstücksgleiche Rechte usw., die von einem Kreditinstitut im Wege der Zwangsversteigerung übernommen werden, um einen hypothekarisch gesicherten Kredit zu retten (§ 5 Abs. 4 HypBG)[332], so handelt es sich um eine für § 12 KWG neutrale Anlage. Während Consbruch-Möller[333], ausgehend davon, daß es objektive Kennzeichen dafür, wann eine Anlage als dauernd anzusehen ist, nicht gibt, maßgebend allein die Absicht des Kreditinstituts sein lassen, nimmt Schork[334] bei der Bestimmung der Absicht des Kreditinstituts objektive Kriterien zu Hilfe; die Länge der Besitzzeit, der Verwendungszweck oder die Unveräußerlichkeit eines Wirtschaftsgutes sind beispielhafte Anhaltspunkte für die Zuordnung der Aktivanlagen. Der Begriff der dauernden Anlagen setzt nach Schork nicht voraus, daß eine Veräußerungsabsicht oder

---

331) Schork, § 12 KWG III Rdn. 6; Szagunn-Neumann, § 12 Rdn. 9; Consbruch-Möller, § 12, S. 100, 2

332) Vgl. Szagunn-Neumann, § 12, S. 204 Rdn. 9

333) Consbruch-Möller, § 12, S. 100, 2

334) Schork, § 12, S. 187 III Rdn. 6 und 7

-möglichkeit für immer ausgeschlossen ist, sondern es genügt, wenn für absehbare Zeit eine Veräußerungsabsicht nicht besteht.

Bietet die Literatur auch einige Anhalts- und Orientierungspunkte, einen sicheren Beurteilungsmaßstab liefert sie nicht. Es soll deshalb nicht ausgelassen werden, den gesetzgeberischen Grund der einschränkenden Vorschrift des § 12 KWG zu erläutern, um dem Sinn und Zweck und damit dem Auslegungsmaßstab der Begrenzungsvorschrift näherzukommen. § 12 KWG zählt zu den Vorschriften, die Eigenkapital und Liquidität der Kreditinstitute festlegen. Die Kreditinstitute als Umschlagstellen im Geldverkehr und Geldsammelstellen müssen im Interesse der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern und zur Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte über genügend flüssige Geldmittel verfügen, damit ihre Zahlungsfähigkeit jederzeit gewährleistet ist. Diesem Erfordernis trägt das KWG durch nähere Bestimmungen für das vorhandene Eigenkapital und die Liquidität Rechnung (§§ 10 - 12 KWG).[335] Der Zweck wird dadurch erreicht, daß zwingende Normen für die Bilanzstruktur aufgestellt werden, die nach allgemeiner Erfahrung ausreichen, um auch in Krisenzeiten die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates zu erhalten. Nach § 10 KWG müssen Kreditinstitute ein haftendes Eigenkapital "im Interesse der Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte" besitzen. Das Gesetz beschränkt sich auf die allgemeine Forderung,

---

335) Das Kreditwesengesetz alter Fassung krankte daran, daß seine als Blankettvorschriften ergangenen Normativvorschriften für Eigenkapital und Liquidität niemals ausgefüllt worden sind. Das neue Gesetz verlangt in § 10 ein "angemessenes" Eigenkapital, in § 11 eine "ausreichende" Liquidität. Diese allgemeinen Anforderungen muß das Bundesaufsichtsamt konkretisieren (vgl. H. Schreihage, Das neue Gesetz über das Kreditwesen, in Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1961, 663 (664) und 1959, 215 (216)).

daß die Kreditinstitute ein angemessenes haftendes Eigenkapitel haben müssen. Diese Forderung ist kein unverbindlicher Programmsatz, sondern unmittelbar verpflichtendes Recht.[336] Zwar beträgt das Eigenkapital, das früher die hauptsächliche Finanzierungsquelle war, heute regelmäßig weniger als 5 % der in der Bilanz ausgewiesenen Geldsumme und reicht zur Sicherung der Fremdmittel nicht aus. Mittels eines Eigenkapitalpolsters können jedoch im Normalfall Verluste im Aktivgeschäft einer Bank vielfach aufgefangen werden. Darüber hinaus garantiert das Eigenkapital den Gläubigern eine gewisse Sicherheit und schafft eine Vertrauensgrundlage für die Einleger.[337] Das in § 11 KWG aufgestellte Erfordernis einer Mindestliquidität soll eine termingerechte Erfüllung der Verpflichtungen des Kreditinstitutes gewährleisten. Auch hier geht das Gesetz vom Normalfall aus und fordert einen den Geschäftserfahrungen entsprechenden Durchschnittswert, der am Bilanzvolumen orientiert ist und vom Bundesaufsichtsamt im Einvernehmen mit der Deutschen Bundesbank nach Anhörung der Spitzenverbände der Kreditinstitute festgesetzt wird. Die letzte Vorschrift im zweiten Abschnitt des KWG, der Eigenkapital und Liquidität im Interesse eines gesicherten Kreditwesens regelt, § 12, schafft gegenüber den §§ 10 und 11 KWG eine weitere, besondere Beschränkung. Danach dürfen die dauernden Anlagen eines Kreditinstitutes in Grundstücken, Gebäuden, Schiffen und Beteiligungen, berechnet nach den Buchwerten, zusammen das haftende Eigenkapital nicht übersteigen.[338] Dem einschränkenden § 12 KWG

---

336) Vgl. Schork, § 10 KWG, S. 149 Rdn. 4

337) Möhring, Das Kreditwesengesetz, S. 34

338) Um im Einzelfall unbillige Härten auszuschließen, gibt § 12 S. 2 KWG dem Bundesaufsichtsamt die Befugnis, vorübergehende Ausnahmen von der Relation des Satzes 1 zuzulassen. Darüber hinaus können Arten oder Gruppen von Kreditinstituten nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 KWG, einzelne Institute nach § 31 Abs. 2 KWG freigestellt werden, wenn das nach der Eigenart oder dem Umfang der betriebenen Geschäfte angezeigt ist.

liegt der Gedanke zugrunde, Anlagen eines Kreditinstitutes in schwer mobilisierbaren Vermögenswerten wie Grundstücke und Gebäude, Schiffe und Beteiligungen zugunsten einer Mindestliquidität und damit zur Sicherheit der Gläubiger und im Interesse eines geordneten und gesicherten Bankwesens zu begrenzen. Zur Finanzierung dieser besonders illiquiden und schwer verwertbaren Güter dürfen daher grundsätzlich keine fremden Finanzierungsmittel herangezogen werden.[339)]

Langfristige[340)] Anlagen und daher schwer mobilisierbare und illiquide Vermögenswerte i.S. des § 12 KWG sind auch die Objekte eines Immobilien-Leasing-Vertrages. Während einer Laufzeit von 10 bis 30 Jahren bleibt die Bank Eigentümerin des Grundstücks. Sie ist daher nicht nur kurzfristig im Besitz eines Anlagegegenstandes. Das für die Anschaffung des Wirtschaftsgutes aufgewandte Kapital wird langfristig angelegt und erst pro rata temporis nach 10 bis 30 Jahren nebst Zinsen zurückgezahlt. Es handelt sich daher um eine langfristige Kapitalbindung; die Liquidität der Bank wird durch solche Finanzierungen beeinträchtigt. Eine uneingeschränkte Durchführung solcher Finanzierungsgeschäfte wäre mit dem Grundgedanken des § 12 KWG, der ein gewisses Mindestmaß an Liquiditätsbereitschaft zusichert, nicht vereinbar; insofern ergibt die Interpretation des § 12 KWG, daß Immobilien-Leasing-Verträge, so wie sie heute gehandhabt werden, von

---

339) Vgl. Szagunn-Neumann, § 12, S. 202 I Grundgedanke 1; Möhring, S. 33 - 35

340) Die Regierungsbegründung, Bundestagsdrucksache Nr. 1114, zu § 11 des Regierungsentwurfs = § 12 KWG erwähnt als Beispiel einer nicht langfristigen und daher neutralen Anlage die v o r ü b e r g e h n d e Übernahme eines Grundstücks zur Rettung eines hypothekarisch gesicherten Kredits. Die Übernahme werde zu einer Daueranlage, wenn das Kreditinstitut die Absicht einer nur vorübergehenden Übernahme ändere. Diese Änderung sei zu vermuten, wenn das Kreditinstitut solche Grundstücke l ä n g e r e Z e i t behalte.

Banken nur dann finanziert werden können, wenn es der Rahmen des § 12 KWG zuläßt.

2. Umgehung der Einschränkung des § 12 KWG durch Zwischenschaltung einer LG mit eigener Rechtspersönlichkeit?

Girozentralen, deren Eigenkapital im Verhältnis zum Geschäftsvolumen gering ist, oder Banken, deren Bestand an Grundstücken und Gebäuden, Beteiligungen usw. die Grenzen des § 12 KWG erreichen, sind infolge der Liquiditätsvorschrift des § 12 KWG von langfristig finanzierten Immobilien-Leasing-Geschäften ausgeschlossen. Nicht auf Zufall dürfte es daher beruhen, daß Banken, insbesondere Girozentralen, Immobilien-Leasing-Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit gründen oder an ihnen beteiligt sind und unter Einschaltung dieser Gesellschaften Immobilien-Leasing-Verträge finanzieren.[341] Klärungsbedürftig erscheint deshalb, ob die Einschränkung des § 12 KWG auch für solche mittelbar finanzierten Immobilien-Verträge gilt.

Da die Tochtergründungen der Kreditinstitute rechtlich selbständige, meist in der Form einer GmbH errichtete Gesellschaften sind, kann die Begrenzung des § 12 KWG für die LG nur dann gelten, wenn ihnen selbst die Eigenschaft eines Kreditinstitutes zukommt. Finanziert eine LG das Vertragsverhältnis selbst und gewährt dem LN ein Darlehen in eigenem Namen, so ist die Darlehensgewährung ein Kreditgeschäft nach § 1 Nr. 2 KWG, so daß die LG selbst zum Kreditinstitut wird, den Einschränkungen des § 12 KWG unterliegt und zur Finanzierung von Immobilien-Leasing-Verträgen einer Mindestliquiditätsreserve bedarf. Gewährt indessen die Bank das Darlehen, so fehlt als Voraussetzung dafür, daß die LG die Eigenschaft eines Kreditinstitutes erwirbt, das Betreiben eines im Katalog des § 1 KWG aufge-

341) Hinweis auf S. 160

führten Bankgeschäftes. Von den Einschränkungen des KWG und damit auch von der Bildung einer Mindestliquiditätsreserve ist die LG dann befreit. Für die kreditgewährende Bank gilt die in § 12 enthaltene Begrenzungsvorschrift ebenfalls nicht, da nicht sie, sondern die rechtlich selbständige LG Eigentümer des finanzierten Grundstücks ist.

Ist also die Zwischenschaltung einer LG mit eigener Rechtspersönlichkeit ein geeignetes Mittel, die Mindestliquidationsvorschrift des § 12 KWG zu umgehen? Die Vorstellung, eine Funktionsteilung zwischen Bank und rechtlich selbständiger LG ermögliche eine Erweiterung des Immobilienkreditgeschäftes, übersieht, daß damit eine der Garantievorschriften des KWG umgangen würde, die zur Sicherheit der den Banken von ihren Gläubigern anvertrauten Vermögenswerten eine jederzeitige Mindestliquidität verbürgt; die §§ 10 ff. KWG stellen zwingende Normen für die Bilanzstruktur auf, die nach allgemeiner Erfahrung ausreichen, um auch in Krisenzeiten die Funktionsfähigkeit des Kreditapparates zu gewährleisten. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn die rechtlich selbständigen aber wirtschaftlich abhängigen LG auf Rechnung der Banken unbeschränkt langfristige Immobilienverträge finanzierten. Die Sozialschutznorm des § 12 KWG erfaßt daher nicht nur die von den Banken unmittelbar finanzierten Immobilienverträge, sondern entsprechend ihrer Zweckrichtung auch diejenigen Finanzierungsverträge, die mittelbar, unter Einschaltung einer wirtschaftlich abhängigen LG abgeschlossen werden.

3. Teil: Rechtsprobleme der "lease" in den Vereinigten Staaten

Gegenstand der Untersuchung des Leasing in den USA sind als Äquivalent zu den Erörterungen der zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Probleme im deutschen Recht nur diejenigen Verträge, deren Einordnung als lease oder conditional sale vergleichbare Abgrenzungsschwierigkeiten im Zivil- und Steuerrecht mit sich bringen. Nicht erörtert werden sowohl kurzfristige Mietabkommen, wie sie beispielsweise in großem Ausmaß als Automobilmietgeschäfte angeboten werden und jene Kaufverträge, die eindeutig als conditional sale einzuordnen sind. Dabei sollen nur die wichtigsten, in Verbindung mit dem Leasing entstandenen rechtlichen Probleme angeschnitten werden, um die in den USA aufgetretenen Schwierigkeiten deutlich werden zu lassen.

Erwerbsersatzverträge in der Gestalt von Leasing-Verträgen sind in den Vereinigten Staaten nicht erst in jüngster Zeit anzutreffen. Bereits 1830 bediente man sich des Rechtsinstituts der lease, um den Effekt eines conditional sale zu erreichen. Lastkähne wurden, wie Duncan berichtete, aufgrund einer lease zum Gebrauch überlassen, mit der Vereinbarung, daß am Ende der Vertragszeit ein automatischer Eigentumswechsel stattfand.[342] Von der letzten Hälfte des 19. Jahrhunderts an fanden dann Verträge, die eine lease mit einer Kaufoption verknüpften und teilweise auch vorsahen, daß der Eigentumsübergang gegen Zahlung eines Nominalbetrages erfolgte, weitere Verbreitung.[343] Beein-

342) Duncan, S. 11/12

343) Durmont W. McGraw and Ray H. Greenblatt, S.1777, History and Recent Growth of Lease Financing: "Lease financing of capital goods by American business is not a new phenomenon. Commencing in the last half of the nineteenth century railroads began to finance rolling stock pursuant to the Philadelphia Plan type of equipment trust, arrangement (and modifications

flußt wurde diese Entwicklung im 19. Jahrhundert, die dazu führte, daß die Vertragsparteien anstelle eines conditional sale eine lease abschlossen, um die gleichen wirtschaftlichen Konsequenzen zu erzielen dadurch, daß die Regeln des common law, die auf den conditional sale Anwendung fanden, unübersichtlich und kompliziert zu handhaben waren, hingegen das Rechtsinstitut der lease verbunden mit einem Eigentumsvorbehalt dem Veräußerer sowohl volle wirtschaftliche Sicherheit bot, als auch einfach auszuüben war, um dem Sicherungsbedürfnis des Veräußerers Rechnung zu tragen.[344)]

Die eigentliche Ausbreitung des Leasing-Verfahrens im Wirtschaftsleben der USA begann jedoch erst in den Jahren nach 1950. Die wohl erste spezialisierte LG, die, ohne selbst Hersteller oder Lieferant zu sein, bewegliche Güter auf der Leasing-Basis vertrieb, begann 1952 in Kalifornien mit einem bescheidenen Anfangskapital von 20.000,- Dollar und erreichte bereits 1958 einen Umsatz von 26,7 Mio. Dollar, der bis 1964 auf 32 Mio. Dollar bei 19.000 Kunden und einem Neuzugang von etwa 600 Kunden monatlich anstieg. Der Gewinn der Gesellschaft wurde für das Jahr 1963 mit 1,3 Mio. Dollar angegeben.[345)] Der Gesamtumfang des amerikanischen Leasing-Geschäfts - kurzfristige Verträge eingeschlossen - soll mit rund 2 Mrd. Dollar einen Anteil von ca. 5 % der gesamten Anlageinvestitionen ausmachen.[346)]

Die allgemeinen Geschäftsbedingungen[347)] der LG entsprechen in ihren Grundzügen den deutschen Vertragsmustern. Gleichermaßen wie in Deutschland

---

evolving from it) under which the 'debt' obligation of the railroad is evidenced by a lease from the indenture trustee to the railroad as lessee."

344) Durmont W. McGraw and Ray H. Greenblatt, S.1777

345) Lwowski, S. 2 - 3

346) Gäfgen, bei Hagenmüller, S. 147

347) Hinweis auf Anhang S. A-14

sind Verträge anzutreffen, deren Vertragszeit der Nutzungsdauer der Ausrüstung entspricht.[348] In den meisten Fällen erlauben die Vereinbarungen dem LN, einen festgesetzten Prozentsatz der erbrachten monatlichen Raten auf den Kaufpreis anzurechnen, falls er sich im Laufe der Vertragszeit entschließt, die Ausrüstung zu erwerben[349]; solche Verträge entsprechen in ihrer tatsächlichen Gestalt den sogenannten "Mietkaufverträgen" im deutschen Recht. Im Gegensatz zu deutschen Verträgen, die eine unkündbare Grundmietzeit vorsehen, ist dem amerikanischen LN vielfach erlaubt, das Rechtsverhältnis, biweilen sogar fristlos, zu kündigen.[350]

So gestaltete Verträge lassen sich im amerikanischen Rechtssystem nur schwer einordnen und verursachen sowohl im Zivil- als auch im Steuerrecht spezifische Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einer lease und einem conditional sale.

I. Zivilrechtliche Zuordnung und ihre Rechtsfolgen

Die beiden Pole, zwischen denen sich die rechtliche Zuordnung bewegt, sind der Uniform Commercial Code[351] und das Common Law[352]. Die Bestim-

348) Robertson, S. 128

349) Robertson, S. 132

350) Robertson, S. 128, 132

351) Der Uniform Commercial Code, der 1952 vom American Law Institut und der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws zur Vereinfachung des Rechts und zur Förderung der Rechtssicherheit geschaffen wurde und 1964 bereits in 30 Staaten galt, hob den bis dahin bestehenden Uniform Conditional Sales Act auf (Lwowski, S. 31). Bei der Lösung der Frage, ob im Einzelfall eine lease oder ein conditional sale vorlag, stützten sich die Gerichte während der Geltungszeit des Uniform Conditional Sales Act auf den Wortlaut des § 1, dessen Definition des Conditional Sale lautete: "Any contract for the bailment or leasing of goods by which the bailee

mung, ob eine Vereinbarung dem Commercial Code unterworfen wird, ist von mehr als akademischem Interesse. Falls eine Transaktion eine lease zum Inhalt hat, unterfällt sie dem Common Law of Bailments und unterliegt nicht der Division 9 des Commercial Code.[353] Das Common Law hat die Regel aufgestellt, daß nur Eigentumsrechte übertragen werden können, die jemand auch innehat, und ein Gläubiger nur das nehmen kann, was seinem Schuldner auch rechtens zusteht.[354] Daraus ergibt sich, daß ein lessee nicht gegen den Willen seines lessor einen Gegenstand an einen Dritten übertragen kann. Gleichermaßen geschützt vor einem Verlust seines Eigentumsrechtes ist der lessor auch im Falle des Konkurses oder einer Zwangsvollstreckung in das Vermögen des lessee. Andere Rechtsregeln gelten, wenn eine Transaktion vom Commercial Code erfaßt wird. Ein bloßer Eigentumsvorbehalt reicht nicht aus, um das Eigentumsrecht gegenüber Dritten abzusichern.[355] Division 9, Sect. 9-302 des Uniform Commercial Code verlangt als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Sicherungsabrede die Ein-

---

or lessee contracts to pay as compensation a sum substantially equivalent to the value of the goods, and by which is it agreed that the bailee or lessee is bound to become, or has the option of becoming the owner of such goods upon full compliance with the terms of the contract." Nach dem Wortlaut der Vorschrift, "... the lessee is bound to become, or has the option of becoming the owner ..." wurden Vereinbarungen, die den Übergang des Eigentums an der Sache nicht vorsahen, sei es im Wege eines automatischen Rechtsübergangs oder mit Hilfe einer Option, aber den gleichen wirtschaftlichen Erfolg hervorriefen, vom Uniform Conditional Sales Act nicht erfaßt (Cornel Law quaterly vol. 49 S. 675). Dieses Ergebnis zu vermeiden, betonten Frank und Griesinger (S. 73) die in der Legaldefinition enthaltene Formulierung "... to pay as compensation a sum substantially equivalent to the value of the goods ..." und stellten so allein die wirtschaftlichen Auswirkungen der Vereinbarung in den Vordergrund; allerdings widerspricht diese Lesart dem klaren Wortlaut der Abgrenzungsvorschrift.

352) Robertson, S. 125

tragung des Vertrages in ein öffentliches, von lokalen Behörden geführtes Register[356]: "A financing statement must be filed to perfect all security interest." Unterbleibt diese Eintragung, so ist der Eigentümer im Konkurs des Schuldners, in gerichtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Schuldner und gegenüber ordnungsgemäß eingetragenen Sicherungsrechten schutzlos.

Im Falle der Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages zeigen sich weitere Unterschiede zwischen einer lease und einer Transaktion nach Division 9 des Commercial Code. Der Code sieht einen umfassenden Rechtsschutz vor. Bei Nichterfüllung des Vertrages kann die gesicherte Partei von dem Schuldner entweder verlangen, daß er die Ausrüstung zurückgibt, sie unbrauchbar macht oder dem Gläubiger erlaubt, sie an sich zu nehmen.[357] Dem Gläubiger steht es frei, unter Beachtung wirtschaftlich vernünftiger Grundsätze zu veräußern, zu vermieten oder anderweitig über den Gegenstand zu verfügen[358] und den Schuldner für den etwaigen hieraus erwachsenden Schaden in Anspruch zu nehmen.[359] Außerdem hat er die Wahl sich aus eventuell vertraglich vereinbarten Sicherungsrechten zu befriedigen.[360] Die aufgezählten Rechte stehen dem Gläubiger jedoch nur in gewissen Grenzen zu. Falls er sich entschließt, die Ausrüstung zu veräußern, muß er mit dem Schuldner über einen eventuellen Überschuß abrechnen.[361] Entscheidet er sich, an Gegenständen, die ihm der Schuldner zur Sicherheit überlassen hat, schadlos zu halten, so kann ihn der Schuldner zur Veräußerung zwingen.[362] Der Schuldner

---

353) Robertson, S. 125

354) Lwowski, S. 136

355) Robertson, S. 125/126

356) Lwowski, S. 28

357) So z.B. Cal. Uniform Commercial Code (zit. nach Robertson, S. 126 f.) § 9503

358) § 9504 (1)

359) § 9504 (2)

360) § 9505 361) § 9505 362) § 9506

kann außerdem verlangen, selbst wenn es vertraglich ausgeschlossen sein sollte, daß der Gläubiger auch nach Verzug seine Leistung noch entgegennimmt.[363] Abgesehen von den Rechten, die der Code besonders vorsieht, stehen dem Gläubiger alle Rechte zu, die vertraglich eingeräumt werden.[364] Abschließend sieht der Commercial Code vor, daß alle Rechte kumulativ zur Verfügung stehen.[365]

II. Definition des Uniform Commercial Code

Ursprünglich bestimmte die Sektion[366], die der heutigen Division Nine entspricht, daß eine Miete ohne Rücksicht auf ihre formelle Gestalt[367] dem Uniform Commercial Code unterworfen war, sofern sie eine Sicherungsabsprache[368] zugunsten des Vermieters enthielt. Im Januar 1955 wurde die Formulierung hinzugefügt, daß eine Miete nur dann dem Code unterworfen ist, falls sie als Sicherungsabsprache beabsichtigt ist.[369] Der Grund dieser sprachlichen Änderung war klarzustellen, daß eine "normale" Mietvereinbarung[370] nicht als Sicherungsabrede im Sinne des Code gelten sollte.[371] 1956 fand die Division Nine des Uniform Commercial Code ihre heutige Fassung: Section 9102 (2) erstreckt den Anwendungsbereich des Code auf eine

---

363) § 9506

364) § 9505 (1)

365) § 9507

366) Uniform Commercial Code, § 7 - 102, 7 - 402 (1949)

367) "Regardless from its form"

368) "Security interest"

369) "Intended as security interest" (Uniform Commercial Code § 1201 (37) (Supp No. 1, 1956))

370) "True lease"

371) Official Comments Uniform Commercial Code, § 1201 (37)

Miete, die einen Sicherungsvorbehalt zugunsten des Vermieters zum Inhalt hat.[372] Dieser Abschnitt bezieht sich seinerseits auf Section 1201 (37), die "security interest" definiert als ein "interest in personal property ... which secures payment or performance of an obligation." Section 1201 (37) nimmt besonders Bezug auf die Miete und fährt fort: "Unless a lease ... is intended as security, reservation of title thereunder is not a security interest ... Wether a lease is intended as security is to be determined by the facts of each case; however, (a) the inclusion of an option to purchase does of itself make the lease one intended for security, and (b) an agreement that upon compliance with the terms of the lease the lessee shall become or has the option to become the owner of the property for no additional consideration or for a nominal consideration does make the lease one intended for security."

Im Gegensatz zum Uniform Conditional Sales Act[373] ist mit der Definition des Code das Unterscheidungskriterium einer Abgrenzung zwischen Lease und conditional sale nicht mehr die Vereinbarung eines Eigentumswechsels. Ausgangspunkt ist vielmehr die Frage, ob der Vertrag eine Sicherungsabsprache[374] enthält und damit entgegen seiner äußeren Form materiell als conditional sale anzusprechen ist.[375] Wann jedoch eine Miete ein "security interest" enthält und damit dem Uniform Commercial Code unterworfen ist, und wann ein Mietvertrag nur eine "reservation of title" beinhaltet, ist nach der Defi-

372) "Intended to create a security interest in personal property" (Uniform Commercial Code, § 9102 (2))

373) § 1 Uniform Conditional Sales Act: "... is bound to become or has the option of becoming the owner ..."

374) "Security interest"

375) Robertson, S. 130 B

nition des Gesetzes recht unklar. Die doppelt verneinende Formulierung, "wenn eine Miete nicht als Sicherheitsabsprache beabsichtigt wird, ist der Eigentumsvorbehalt nicht als Sicherungsabrede zu verstehen", hilft bei einer Abgrenzung ebenso wenig weiter, wie der Hinweis, daß eine Unterscheidung entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu treffen ist. Auch die unter a und b in bezug genommenen eventuellen Optionsvereinbarungen der Parteien tragen nicht zur Klärung bei, sondern verursachen zusätzliche Unsicherheit im Abgrenzungsprozeß. Während unter a bestimmt ist, daß die Vereinbarung einer Option nicht in jedem Falle die Auslegung als Sicherungsabsprache zuläßt, wird unter b versucht, eine bestimmte Fallgruppe näher zu präzisieren; Abreden nämlich,die eine Option zu einem "Nominalbetrag" einschließen, qualifizieren eine Miete absolut zu einem bedingten Kauf. "Nominal" ist ein ungenauer Begriff, der drei Auslegungsvarianten zuläßt[376]: 1. ein absoluter Betrag[377], 2. eine Summe, die sich an dem Kaufpreis und damit an dem ursprünglichen Wert des Gegenstandes orientiert[378] und 3. ein Betrag, der sich nach dem Marktwert der Ausrüstung im Zeitpunkt, da die Option ausgeübt wird, berechnet. Ein Beispiel, das sich bei Robertson[379] findet, verdeutlicht die unterschiedlichen Auswirkungen: Die Parteien schließen einen Mietvertrag über eine high-speed canning machine mit siebenjähriger Laufzeit. Die Maschine hat einen Neuwert von 300.000,- Dollar. Eine Optionsklausel erlaubt dem Mieter, die Mietzahlungen

376) Robertson, S. 130 B

377) "Nominal" würde in diesem Sinne bedeuten, daß ein ausgewogenes Verhältnis zu dem Wert des Vertrages oder des Vertragsgegenstandes nicht vorhanden ist (vgl. Black's Law Dictionary).

378) Zu einer Auslegung in diesem Sinne könnte der Wortlaut der Division Nine des Uniform Commercial Code verleiten: "... is i n t e n d e d as security, ..."

379) Robertson, S. 130/131

zu 79 % auf den Kaufpreis anzurechnen. Die Maschine hat eine geschätzte Lebensdauer von 10 Jahren, ist aber neu auf dem Markt und kann möglicherweise vorzeitig veralten, so daß ein zukünftiger Widerverkaufswert unsicher zu kalkulieren ist. Darüber hinaus können hohe Installations- und Entfernungskosten eine Rückschaffung der Maschine unrentabel erscheinen lassen. Absolut gesehen (1) ist es ganz klar, daß ein Optionspreis von 10.000,- Dollar nicht "nominal" ist. Jedoch beträgt der Optionspreis nur 1/30 des Originalpreises und könnte nominal sein, wenn man ihn aus dieser Sicht betrachtet (b). Hingegen wäre eine Bestimmung des Marktwertes der Ausrüstung für den Zeitpunkt des Ablaufs der Mietzeit reine Spekulation. Beachtenswert ist schließlich, daß der Mieter, obwohl er am Ende der Frist 300.000,- Dollar gezahlt, das Gerät zwar für den größten Teil, nicht aber für seine gesamte Lebensdauer genutzt haben wird. Auch für den Fall, daß die Mietvereinbarung, sei es wegen Nichterfüllung der dem Schuldner obliegenden Vertragspflichten oder weil der Mieter von einem vereinbarten Kündigungsrecht Gebrauch macht, zu einem Zeitpunkt aufgelöst wird, da nahezu der gesamte Wert der Ausrüstung vom Mieter bereits amortisiert worden ist, würde eine wortgerechte Anwendung des Code nicht zu sachgerechten Ergebnissen führen. Schließlich läßt es die Definition des Code auch zweifelhaft erscheinen, wie jene Verträge zu werten sind, die von einer Option und damit einem Eigentumswechsel völlig absehen können, da ihre Laufzeit der Nutzungsdauer der Ausrüstung angepaßt ist.

Entscheidungen, die nach Erlaß des Uniform Commercial Code ergangen sind, versuchten zwischen einer lease und einem security interest zu unterscheiden, ergaben jedoch bisher wenig Sicherheit im Abgrenzungsprozeß und führten zu Ergebnissen, die der

wirtschaftlichen Ausgestaltung des Vertrages nicht immer gerecht wurden, da sie bei der rechtlichen Zuordnung den Optionsklauseln unangemessen große Beachtung schenkten. Drei dieser Urteile sind von besonderem Interesse und können wohl als symptomatisch bezeichnet werden.[380]

Der Fall United Rental Equipment Company v. Potts & Callahan Contracting Co.[381] betraf einen Vertrag über einen Kompressor. Die Vertragsbedingungen waren folgendermaßen: Der Mieter hatte 800,- Dollar monatlich bei einer Mindestlaufzeit des Vertrages von einem Monat zu zahlen. Nach Ablauf des ersten Monats konnte der Vertrag fortgesetzt werden und war jeweils monatlich kündbar. Vorgesehen war, daß 85 % der Mietzahlungen auf den Kaufpreis von 14.500,- Dollar angerechnet werden konnten, falls der Mieter von seinem Optionsrecht Gebrauch machte. Das Gericht entschied, daß der von den Parteien als lease deklarierte Vertrag den Bestimmungen der Division Nine des Uniform Commercial Code unterworfen sei, da eine jederzeitige Kaufoption vorgesehen war, bei deren Ausübung 85 % der bereits gezahlten Mietkosten mit dem Kaufpreis verrechnet werden sollten. Somit hätten die Vertragskontrahenten offensichtlich ein security interest und nicht eine lease beabsichtigt.[382] Die durch Urteil ausgesprochene Rechtsfolge war, daß die United Rental Equipment Company ihre Rechte als lessor gegenüber einem Dritten nicht durchsetzen konnte, da dem Formzwang des Uniform Commercial Code nicht entsprochen war, so daß Sicherungsrechte Dritten nicht entgegengehalten werden konnten.

In Sachen Royer's Bakery[383] war eine bread-wrapping machine Gegenstand des Vertrages. Der Kaufpreis der

---

380) Robertson, S. 131

381) 231 Md. 552, 191 A 2d 570 (1963); die United Rental Equipment Company zählt zu den bedeutendsten Leasing-Gesellschaften in den USA (Lwowski, S. 33).

382) "The parties contemplated the purchase of the compressor by the lessee."

Maschine betrug 4.650,- Dollar. Der Mieter hatte 146,- Dollar als Anzahlung und jeweils 146,- Dollar während 35 Monaten zu zahlen. Nach Ablauf dieser Mietperiode konnte er die Miete für ein Jahr erneuern, falls er 465,- Dollar im voraus bei gleichbleibender monatlicher Miete entrichtete. Dem Mieter stand frei, den Vertrag jederzeit unter Einhaltung einer 30tägigen Kündigungsfrist zu beenden. Zusätzlich enthielten die Vertragsbedingungen, daß der Mieter 80 % der Mietzahlungen auf den Kaufpreis anrechnen konnte, falls er von seinem Optionsrecht Gebrauch machte. Unter dieser Voraussetzung konnte der Mieter nach Ablauf der Grundmietzeit von 35 Monaten Eigentümer der Maschine werden, sofern er zwei zusätzliche Monatsraten zahlte. Das Gericht legte die in Division Nine des Uniform Commercial Code enthaltene Definition dahin aus, daß immer dann, wenn der Mieter ein "pecuniary interest" oder "equity" am Eigentum des Vermieters erhalte, eine Sicherungsabrede im Sinne des Code und damit ein Kauf vereinbart sei.

Der dritte Fall, Wheatland Elec. Prod. Co.[384], beruhte auf folgendem Sachverhalt: Der Anschaffungspreis der vermieteten Maschine belief sich auf 8.025 Dollar. Die Miete, die für ein Jahr abgeschlossen war, sah einen monatlichen Mietpreis von 241 Dollar vor, und schloß eine Option ein, nach der 75 % des Kaufpreises mit der Zahlung der Miete abgegolten waren. Nach Ablauf der einjährigen Mietzeit konnte der Vertrag von Monat zu Monat fortgesetzt werden. Zwei Jahre nach Beginn des Vertrages trafen die Parteien eine neue Abrede gleichen Inhalts, vereinbarten aber zusätzlich, daß eine Option nur innerhalb einer Frist von 36 Monaten zulässig war. Nach Ablauf des zweiten Vertra-

383) L.J. 48 (Dist. Cd. E. D. Pa. 1963)
384) 237 F. Supp 820 (W.D.Pa. 1964)

ges wurde eine weitere Verlängerung ausgehandelt. Zu dieser Zeit war die Optionsfrist bereits verstrichen, eine neue Optionsmöglichkeit wurde nicht mehr vorgesehen. Das Gericht entschied, daß der Vertrag keine Sicherungsabrede im Sinne der Division Nine des Uniform Commercial Code enthalte. Es legte dar, daß der vereinbarte Optionspreis nach der Bestimmung des Code in § 1201 (37) (b) keine Nominalleistung darstelle, und daß die Nichtverlängerung der Option ein weiteres Anzeichen dafür sei, daß der Mietvertrag nicht als Sicherheitsvereinbarung gedacht sein könne.
Betrachtet man die wirtschaftlichen Auswirkungen der von United Rental, Royer's Bakery Wheatland abgeschlossenen Verträge[385], so überrascht, daß sie von den Gerichten unterschiedlich eingeordnet wurden. Obwohl im Fall Wheatland der Mieter gleichermaßen die gesamten Anschaffungskosten der Ausrüstung amortisierte und die Vertragsbedingungen keine wesentlichen Unterschiede aufwiesen, ließ es das Gericht unabhängig von den wirtschaftlichen Folgen der Vereinbarung allein entscheidend sein, daß die Vertragsparteien die Option durch eine Verlängerungsabrede ersetzten.

Aus alledem folgt: Die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen lease und conditional sale richtet sich nach Division Nine des Uniform Commercial Code. Eine Unterscheidung ist bedeutsam, da der Code Sicherungsrechte des Gläubigers nur dann als wirksam anerkennt, wenn sie in öffentliche Register eingetragen werden und außerdem besondere Rechtsfolgen eintreten läßt, falls der Schuldner seinen

385) Eine von Robertson vorgenommene Gegenüberstellung läßt folgendes Bild erkennen:

	Preis	Miete	P/M Verhältnis	Vertragszeit	Option
United Rental	14.500 $	800 $	18/1	1 Monat	85 %
Royer's Bakery	4.650 $	146 $	31/1	35 Monate bei mntl.Kündigungsmöglichkeit	80 %
Wheatland	8.025 $	241 $	33/1	12 Monate	

vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt. Der Schlüssel zur Lösung der Abgrenzungsfrage ist der in der Definition verwandte Begriff "security interest". Ein gefestigter Auslegungsmaßstab zur Begriffsermittlung ist bisher weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre erarbeitet worden. Die in der Definition unter a und b enthaltenen Anhaltspunkte zur Bestimmung einer Auslegungsregel sind nur lückenhaft. Von der Rechtsprechung werden die Optionsklauseln überbewertet. Das hat zur Folge, daß Vereinbarungen, die den gleichen wirtschaftlichen Erfolg auslösen, ungleiche Behandlung finden. Es liegt die Vermutung nahe, daß die Rechtsprechung sich bei der Beantwortung der Abgrenzungsfrage aus dem Gedankengut des Uniform Conditional Sales Act, der als Voraussetzung eines conditional sale einen Eigentumswechsel erforderlich sein ließ[386], noch nicht zu lösen vermochte, obwohl die Neufassung des Gesetzes diese Voraussetzung fallen ließ. Zu einer sachgerechten Lösung würde führen, wenn die Rechtsprechung von den Erfordernissen eines Eigentumswechsels zugunsten einer den wirtschaftlichen Auswirkungen der Transaktion entsprechenden Betrachtungsweise, wie sie teilweise für die steuerrechtliche Abgrenzung zwischen lease und conditional sale in den USA befürwortet wird, absehen würde.

III. Steuerrechtliche Zuordnung und ihre Rechtsfolgen

Im amerikanischen Steuerrecht sind zwei entgegengesetzte Entwicklungslinien zu verfolgen. Während nach den Richtlinien der Bundeseinkommensteuerbehörde[387] ein steuerrechtlich relevanter Tatbestand entsprechend seinen wirtschaftlichen Aus-

386) "... is bound to become, or has the option of becoming the owner ..."

387) Revenue Ruling 55 - 540, 1955-2 Com. Bull. 39

wirkungen zu veranlagen ist, besteht bei den Gerichten in neuerer Zeit die Tendenz, ohne Rücksicht auf den wirtschaftlichen Gehalt einen Vertrag so zu besteuern, wie ihn die Parteien formell eingekleidet haben (principle of intent). Die sogenannte intent-Rechtsprechung nahm ihren Ausgang in den Jahren nach 1930; allein die "Absicht" der Parteien bestimmte, ob ein Vertrag als Miete oder Kauf zu besteuern war.[388] Ein vorübergehender Einbruch in die intent-Rechtsprechung fand nach 1940 statt, als die Steuergerichte sich in mehreren Entscheidungen für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise steuerlich relevanter Tatbestände aussprachen.[389] In der Folgezeit kehrte die Rechtsprechung zu ihrer ursprünglichen Auffassung zurück und stellte das principle of intent erneut in den Vordergrund. Unterschiedliche Auffassung über die steuerliche Bewertung zivilrechtlicher Gestaltungen werden nicht zuletzt dadurch gefördert, daß die Gesetzesformulierung des Internal Revenue Code von 1954 keine klare Abgrenzung schafft; eine Absetzung von Mietzahlungen ist nach § 162 (a) (3) erlaubt, wenn der Steuerzahler "has not taken or is not taking title" und "has no equity". Während die Bundeseinkommensteuerbehörde die Gesetzesfassung zum Anlaß nimmt, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu fordern ("has no equity")[390], stellt die neuere Rechtsprechung ausschließlich darauf ab, ob es der Absicht (intent) der Parteien entsprach, einen Eigentumswechsel zu vollziehen ("has not taken or is not taking title"). Ist diese Absicht schon zu Vertragsbeginn nachweisbar, so ist die gesamte Vertragsgestealtung als Kauf zu veranlagen. Findet ein Eigentumswechsel erst im Laufe der Vertrags-

388) Robert A. Taft, 27 B.T.A. 808 (1933); E.G.Robertson, 19 B.T.A. 534 (1930)

389) Judson Mills, 11 T.C. 25 (1948); East Coast Equipment Co., 21 T.C. 112 (1953)

390) Vgl. Durmont W. McGraw and Ray H.Greenblatt, S.1787

zeit statt, so ist der bereits abgeschlossene Vertragsteil auch dann nicht entsprechend den Regeln des Kaufs zu besteuern, wenn der Steuerpflichtige eine Kombination aus Miete und Kauf gewählt hat, um Steuern einzusparen.

Eingeleitet wurde die Rückkehr der Steuergerichte zur intent-Rechtsprechung mit einem stark beachteten[391] Urteil des 5th. Circuit Court im Falle Benton v. Commissioner[392]. Dort ist entschieden, daß es den Parteien überlassen bleibe, einen Vertrag in der äußeren Form einer Miete oder eines bedingten Kaufs abzuschließen. Wenn die Parteien wirklich den Willen hätten, eine Miete abzuschließen, dann sei der Steuerzahler bis zu dem Zeitpunkt, in dem er von einem Optionsrecht Gebrauch mache, weder Rechtsinhaber, noch komme ihm eine so starke eigentümerähnliche Stellung zu, daß es sich rechtfertigen ließe, den Vertrag als bedingten Kauf einzuordnen.

Besonders deutlich wird die ablehnende Einstellung der Steuergerichte gegenüber einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zivilrechtlicher Sachverhalte im Falle Breece Veneer & Panel Co.[393] Die Entscheidung der Vorinstanz, die den wirtschaftlichen Gegebenheiten ("economic effect") Beachtung schenkte und den gesamten Vertrag steuerlich wie einen Kauf behandelte, wurde im Beru-

---

391) Vgl. Frank u. Griesinger, S. 78; Robertson, S. 133

392) Benton v. Commissioner, 197 F. 2 d 745 (5th. Circuit Court 1952): "Whether what is in form a lease is in effect a conditional sales contract depends on the i n t e n t i o n of the parties. If the parties in good faith actually i n t e n d e d to enter into a lease contract, then the taxpayer, up until the time that he exercised his option to purchase, acquired no title to or equity in the property."

393) Breece Veneer & Panel Co. v. Commissioner, 232 F. 2 d 319 (7th Circuit Court 1956)

fungsverfahren vom Seventh Circuit Court of Appeals aufgehoben. Gegenstand des Verfahrens war eine Fünfjahresmiete, die um drei Jahre verlängert werden konnte (renewal clause). Eine Optionsklausel erlaubte, daß der Mieter die Ausrüstung am Ende des fünften oder sechsten Mietjahres zu Eigentum erwarb. Von diesem Recht machte der Mieter Gebrauch. Das Berufungsgericht legte dar, daß die Ausübung des Optionsrechtes für sich genommen kein Anhalt dafür sein könne, um die Absicht (intention) der Parteien zu ermitteln und daß es unwesentlich sei, daß der Kaufpreis infolge der vereinbarten Anrechnung der geleisteten Miete zur Zeit des Kaufabschlusses dem realen Wert der Ausrüstung nicht entsprach, so daß die Ausübung der Option für den Steuerzahler ein vorteilhaftes Geschäft mit sich brachte.

Ein Beispiel der intent-Rechtsprechung amerikanischer Steuergerichte ist auch der Abramson-Fall.[394] Ein Steuerpflichtiger hatte auf Anraten seines Anwaltes eine in den Vertragsbedingungen seines Vermieters enthaltene Optionsklausel gestrichen, um zu vermeiden, daß ein geplanter Eigentumswechsel der Steuerbehörde Veranlassung geben konnte, den gesamten Vertrag als Kauf zu besteuern. Nach zehnmonatiger Mietzeit erwarb der Mieter aufgrund einer neuen vertraglichen Abrede die Ausrüstung unter Anrechnung entrichteter Mietraten. Die Steuerbehörde veranlagte daraufhin den Mieter rückwirkend als Käufer. Eine Klage des Steuerpflichtigen vor dem US District Court, Southern District of Iowa hatte Erfolg. Das Steuergericht entschied, daß der spätere Kauf der Ausrüstung die vorangegangene Absetzung der Mietraten als Betriebsaus-

394) Abramson v. United States, US District Court, Southern District of Iowa. 72, 853 L.M. Fed. 1955, 133 F Supp 677

gaben nicht beeinträchtige.[395] Die wirtschaftlichen Folgen der Gesamtvereinbarung blieben unberücksichtigt. Dem Steuerzahler wurde zugestanden, mit Hilfe einer geschickten Vertragsausgestaltung Steuervorteile dadurch in Anspruch zu nehmen, daß die Summe der Grundmietzahlungen eine höhere Abschreibungsrate ergab, als es die normale Abschreibung für Ausrüstungsgüter, die einem Käufer offengestanden hätte.

Ungewöhnlich ist der Fall Elliot[396], der gleichfalls nach der intent-Theorie entschieden wurde. Der veranlagte Steuerzahler, unerfahren in steuerrechtlichen Dingen, wie das Gericht feststellte, schloß einen Vertrag in der Form eines "Mietkaufvertrages", behandelte die Mietzinsen, die ihm sein Vertragspartner zu zahlen hatte, jedoch so, als wären sie Einkommen aus einem bedingten Kaufvertrag. Die Steuerbehörde versuchte nachzuweisen, daß der Mietvertrag, der eine Optionsklausel enthielt und dessen Mietzins dem Nutzwert der Ausrüstung entsprach, als Miete und nicht als bedingter Kauf zu besteuern war. Das Gericht war jedoch der Meinung, daß es der Wille der Parteien war, einen bedingten Kaufvertrag abzuschließen, und gab dem Begehren des Steuerpflichtigen statt, die Zahlungen aus dem Vertrag nicht als normales Einkommen zu veranlagen, sondern sie stattdessen der Kapitalgewinnsteuer (capital-gains) zu unterwerfen.

Die zweite, entgegengesetzte Entwicklungslinie, die sich im amerikanischen Steuerrecht aufzeigen läßt, ist eine wirtschaftlich ausgerichtete Betrachtungsweise. Sie findet ihren Ausdruck in den

---

395) "... no evidence that the plaintiff had any title or equity in any of the equipment subsequently purchased at the time when the rental payments were been made by him and deducted as an operating expense."

396) Elliot, et al. v. Robinson, US District Court, Dist. Mont. Graet Falls Div., July 1957

Richtlinien der Bundeseinkommensteuerbehörde. Infolge der Unverbindlichkeit der Richtlinien war es der Rechtsprechung nicht versagt, die intent-Theorie zu entwickeln, und von einer wirtschaftlich orientierten steuerlichen Erfassung privater Gestaltungen abzusehen. Nicht alle Steuergerichte folgten jedoch dem in neuerer Rechtsprechung vorherrschenden intent-Gedanken. So hat der neunte Circuit Court[397] die intent-Theorie außer acht gelassen und seine Entscheidung auf wirtschaftliche Abgrenzungskriterien gestützt. Auch im Schrifttum[398] wird die wirtschaftliche Eingrenzung privaterGestaltungen befürwortet.

Die in den veröffentlichten Richtlinien der Bundeseinkommensteuerbehörde[399] aufgestellten Regeln

---

397) D.M.Haggard 24 T.C. 1124 (1955), aff'd, 241 F. 2d 288 (9th Circuit Court 1956), zit, nach Robertson, S. 133 Anm. 52

398) Durmont W. McGraw und Ray H. Greenblatt, S. 133 Anm. 52; a.A.: Frank K. und Griesinger, S. 78

399) Revenue Ruling 55 - 540, 1955-2 Com. Bull. 38, 41 - 42.
A. Portions of the periodic payments are made specifically applicable to an equity to be acquired by the lessee.
B. The lessee will acquire title upon the payment of a stated amount of "rentals" which under the contract he is required to make.
C. The total amount which the lessee is required to pay for a relatively short period of use constitutes an inordinately large proportion of the total sum required to be paid to secure the transfer of the title.
D. The agreed "rental" payments materially exceed the current fair rental value. This may be indicative that the payments include an element other than compensation for the use of property.
E. The property may be acquired under a purchase option at a price which is nominal in relation to the value of the property at the time when the option may be exercised, as determined at the time of entering into the original agreement, or which is a relatively small amount when compared with the total payments which are required to be made.
F. Some portion of the periodic payments is specifically designated as interest or is otherwise readily recognizable as the equivalent of interest.

zielen einmal darauf ab, offensichtliche Mißbrauchsfälle, also private Gestaltungen, die eindeutig darauf aus sind, ungerechtfertigte Steuervorteile zu erlangen, auszuschließen und zum andern geben sie ein brauchbares Instrument, wirtschaftlich gleichwertige Sachverhalte, mögen sie nun Kauf, Miete oder eine Kombination beider Rechtsinstitute darstellen, steuerlich gleichzubehandeln: Vertragsgestaltungen, die offensichtlich darauf aus sind, die steuerliche Abschreibung zu beschleunigen, fallen unter die Tatbestände C - F. Besteht das Vertragsverhältnis aus einer relativ kurzen Mietzeit, und ist die Höhe der Mietraten im Verhältnis zu der vom Mieter bis zum Eigentumsübergang erbrachten Gesamtsumme unangemessen hoch (C) oder sind Teile der Ratenzahlungen im Hinblick auf einen künftigen Eigentumserwerb anzurechnen (F), so ist der Vertrag wie ein Kauf zu besteuern. Gleiches gilt für Verträge, deren Mietzahlungen den geläufigen und angemessenen Mietwert übersteigen. Diese Gestaltung ist ein Anzeichen dafür, daß die Ratenzahlungen nicht nur als Gebrauchsentgelt gedacht sind (D). Grund zu der Annahme, daß die Vertragsparteien die Form eines Kaufvertrages meiden, um Steuervorteile zu erhalten, besteht nach den Richtlinien der Steuerbehörde, falls der Kaufoptionspreis nominell ist, also nicht in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Ausrüstung im Zeitpunkt der Ausübung der Option steht (E).
Auch wenn die Absicht der Parteien, ungerechtfertigte steuerliche Abschreibungsgewinne zu buchen, weniger deutlich zutrage tritt, wenn also die Vertragsparteien einen Kaufvertrag in die Form einer Miete kleiden oder einen "Mietkaufvertrag" zu angemessenen Bedingungen eingehen, ist das Vertragsverhältnis wie ein Kaufvertrag zu besteuern. Erlangt der Mieter kein Eigentum, aber eine eigentümerähnliche Stellung (equity) oder sieht der Vertrag einen Eigentumswechsel nach vorangehender

Mietzeit vor, so findet Kaufrecht Anwendung (A, B).

Vergleicht man die steuergerichtlichen Entscheidungen in den Vereinigten Staaten und in der Bundesrepublik, so läßt sich eine einheitliche Grundtendenz aufzeigen. Die intent-Rechtsprechung amerikanischer Steuergerichte begünstigt den Steuerzahler. Ohne Rücksicht auf den wirtschaftlichen Gehalt eines Vertrages macht sie zur Regel, daß die formelle Einkleidung einer wirtschaftlichen Transaktion für die Steuerbehörde verbindlich ist. Damit billigt sie dem Steuerpflichtigen das Recht zu, durch geschickte Vertragsgestaltung Steuervorteile zu erzielen. Auch der Bundesfinanzhof ist in einer unlängst veröffentlichten Entscheidung dem Versuch entgegengetreten, einen Mietvertrag, der eine Kaufoption enthielt, unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise einem Kaufvertrag gleichzustellen und hat festgestellt, daß die Rechtsprechung, solange der Gesetzgeber keine Sonderregelung getroffen habe, in voller Vertragsfreiheit geschlossene "Mietkaufverträge" nur so auslegen könne, wie es der Parteivereinbarung entspreche.[400] Demgegenüber versuchen die Finanzverwaltungen beider Länder, losgelöst von der Form des Vertrages, eine dem wirtschaftlichen Gehalt entsprechende Besteuerung durchzusetzen. Die Richt-

400) BFH BStBl 1967 III, 63 (65) = BB 1967, 71 mit Anm. Grieger; dazu J. Thiel, BB 1967, 325 (326).
Während in dem vom BFH entschiedenen Fall eine "angemessene" Mietrate Vertragsbestandteil des "Mietkaufvertrages" war, erkennt die amerikanische Steuerrechtsprechung auch private Vertragsgestaltungen an, deren Ratenvereinbarungen zum jeweiligen Mietwert außer Verhältnis stehen (z.B. Breece Veneer & Panel Co. v. Commissioner 232 F. 2d 319 (7th Circuit 1956): Die Miete war so kalkuliert, daß der Optionspreis im Zeitpunkt der Optionsausübung wesentlich niedriger war, als es dem Wert der Ausrüstung entsprochen hätte).

linien der amerikanischen Bundeseinkommensteuerbehörde sind jedoch im Vergleich zu dem Leasing-Erlaßentwurf des Bundesministers der Finanzen[401] konsequenter, da sie ausnahmslos alle Verträge, die in ihrem wirtschaftlichen Erfolg einem Kauf gleichkommen, diesem steuerlich gleichstellen.

IV. Beweggründe zum Abschluß einer lease anstelle eines conditional sale

Kreditverträge enthalten nicht selten eine negative Vertragsklausel, die dem Schuldner verbietet, weitere Kreditverbindlichkeiten einzugehen. Verträge, die als conditional sale abgeschlossen werden, sind in ein öffentliches Register einzutragen, so daß der Abschluß eines conditional sale unschwer nachprüfbar und daher durch eine negative Kreditklausel wirksam auszuschließen ist. Eine Umgehung der Verbotsklausel bietet der Abschluß nicht eintragungsbedürftiger und daher auch nicht nachprüfbarer Verträge in der Gestalt einer lease.[402]

Eine lease bietet ein attraktiveres Bilanzbild als ein conditional sale. Der Mieter hat nur die jeweiligen Mietraten, der Käufer hingegen die gesamte Kaufschuld zu bilanzieren.[403]

Gemeindeverwaltungen[404] sehen im Abschluß einer

---

401) Von dem Entwurf des Bundesministers der Finanzen werden Verträge, deren Laufzeit der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer entspricht oder diese überschreitet, auch bei wirtschaftlich gleicher Interessensituation nicht erfaßt (Hinweis auf S. 116).

402) Robertson, S. 135, Anm. 60 (1)

403) Robertson, S. 135, Anm. 60 (2)

404) Z.B. New York, Lease-Purchase Agreements by New York Municipalities, By Richard B. Lillich, S. 459 ff.

lease mit Kaufoption eine willkommene Möglichkeit, gesetzlich vorgesehene Verschuldensgrenzen, die kreditierte Kaufverträge nicht zulassen, zu umgehen, indem sie auf wirtschaftlich gleichwertige Verträge ausweichen.[405]

Wirtschaftlich sinnvoll erscheint eine Miete, ein Mietkauf oder eine Miete mit Kaufoption vor allem dann, wenn es die besondere Situation des Steuerpflichtigen ermöglicht, Abschreibungskosten steuersparend zu manipulieren. Die intent-Rechtsprechung der Steuergerichte läßt dem Steuerzahler freie Wahl in der Gestaltung seiner Verträge und ist daher ein gewichtiger Grund, auf solche zivilrechtlichen Vertragsgestaltungen auszuweichen, die im wirtschaftlichen Ergebnis einem Kauf gleichkommen, sich aber in steuerlicher Hinsicht vorteilhafter auswirken.

Beweggrund zum Abschluß einer Miete mit nachfolgendem Kauf kann außerdem sein, daß sich der Mieter erst nachträglich zum Eigentumserwerb entschließt. Die Vertragsparteien können auch von einem Eigentumswechsel vollends absehen, indem sie bei abnutzbaren beweglichen Anlagegütern die Laufzeit des Vertrages der Nutzungsdauer der Ausrüstung anpassen.

---

405) Robertson, S. 135, Anm. 60 (5).
Magnusson, 377, 391: "It seems clear that the intent behind debt limitations was to prevent long-term repayment obligation, i.e. borrowing for public improvements and to provent the obligatory annual need for the resulting taxation to pay for the liability. And yet, by whatever name, this is the very effect of lease-financing."

LEASING-Finanzierungsanfrage

A 1

An die
LEASING
Gesellschaft für Vermietungsprojekte mbH

Name und Anschrift des Absenders

Gewünschte LEASING-Finanzierung:

O Anlagenmiete mit/ohne Ankaufsrecht/ Sale-Lease-Back*)
O Maschinenmiete/Mietkauf/Sale-Lease-Back*)

Mietobjekt:

Investitionswert: DM ....., Mietdauer: ..... Monate.
Grundstück ist nicht*) unser Eigentum/Erbbaurecht für LEASING GmbH*)
Investitionszeitpunkt/beginn*) .....

Angaben über uns:

Rechtsform/Beteiligungsverhältnisse:

Gründung: Handelsregistereintragung:
Gesetzliche Vertreter:

Unternehmensgegenstand:

Bankverbindung:

Kennzahlen der drei letzten Jahre:

Bilanzsumme	.....	.....	.....
Eigenkapital	.....	.....	.....
Sachanlagevermögen	.....	.....	.....
Jahresumsatz	.....	.....	.....
Jahresgewinn	.....	.....	.....
Beschäftigte	.....	.....	.....

Gewünschte Unterlagen:

O Allgemeine Information Anlagenmiete/Maschinenmiete *)
O Detailangebot Anlagenmiete
O Mietfinanzierungsantrag Anlagenmiete/Maschinenmiete *)
O Besprechungstermin in Ihrer Hauptverwaltung Mainz/

....., den .....
Ort und Datum

.....
Anschrift und rechtsverbindliche Unterschrift des Mieters

Gewünschtes ankreuzen.

*) Nicht Zutreffendes streichen

MIETFINANZIERUNGSANTRAG FÜR MASCHINEN

An die
LEASING
Gesellschaft für Vermietungsprojekte mbH

6500 Mainz
Postfach 393
Telefon 82441 — Telex 4187637

Name und Anschrift des Mieters

Aufgrund Ihres Angebotes/Schreibens *) vom ..... und der uns bekannten Bedingungen des uns vorliegenden Muste Ihres Miet-/Mietkaufvertrages *) beantragen wir für uns verbindlich für das unter II. beschriebene Mietobjekt eine Mietfinanzierung z den unter I. genannten Finanzierungskonditionen.

I. **Finanzierungskonditionen:**
Mietzeit ..... Monate ab 1. Tag des auf die Lieferung des Mietobjektes folgenden Monats
Investitionskosten DM .....
Mietvorauszahlung ..... % dieser Gesamtinvestitionskosten = DM .....
Vormieten während der Liefer/Herstellungszeit *) ..... % auf die bereitgestellten Gelder plus ..... % auf die ausbezahlten Beträge.
Monatsmiete ab Beginn der Mietzeit ..... % der Gesamtinvestitionskosten = DM ..... zuzüglich Nebenkosten.

II. **Mietobjekt:**

Wir verpflichten uns zum unverzüglichen Abschluß Ihres Miet-/Mietkaufvertrages *) für Maschinen mit Ihnen, sobald Sie uns die Mie finanzierung für das Mietobjekt lt. Nr. II. und zu den Konditionen lt. Nr. I. verbindlich zugesagt haben. Diese Verpflichtung ist bis zu ..... befristet.

Im Falle des Rücktritts von diesem Antrag aus Gründen, die wir zu vertreten haben, verpflichten wir uns zur Zahlung einer einmalige Bearbeitungs- und Abfindungsgebühr in Höhe von 2% der oben angegebenen Gesamtinvestitionskosten.

....., den .....
Ort und Datum

.....
Anschrift und rechtsverbindliche Unterschrift des Mieters

*) Nicht Zutreffendes streichen.

Allgemeine Geschäftsbedingungen eines Mobilien-Leasing-Vertrages

Mietbedingungen

Zwischen der Deutsche Leasing GmbH., Industriemaschinen-Vermietung, Düsseldorf, nachfolgend "Vermieter" genannt, und dem Mieter wird folgender Mietvertrag geschlossen:

1. Der Vermieter vermietet dem Mieter die oben und/oder in der Anlage dieses Mietvertrages bezeichneten Maschinen/Ausrüstungen - im folgenden kurz "Ausrüstung" genannt.

2. Die Überlassung der Ausrüstung beginnt am Tage der ordnungsgemäßen Abnahme durch den Mieter und endet nach der oben angegebenen Zahl von Monate.

Die Anlieferung und Montage der Ausrüstung an dem oben angegebenen Standort sowie die Demontage und Rücklieferung der Ausrüstung an die lt. Ziffer 21 vom Vermieter zu bestimmende Anschrift erfolgen auf Gefahr des Mieters. Maßgebend sind die Lieferbedingungen die mit dem Lieferanten vereinbart und dem Mieter bekannt sind. Der Vermieter haftet nicht für nicht rechtzeitige Lieferung durch den Lieferanten und hat, wenn der Lieferant nicht ordnungsgemäß erfüllt oder eine positive Vertragsverletzung begangen hat, nur durch Abtretung seiner Ansprüche gegen den Lieferanten gemäß Ziffer 20 dieses Mietvertrages dem Mieter gegenüber einzustehen.

Liefert der Lieferant die Ausrüstung später als zum vereinbarten Zeitpunkt, so verschiebt sich die Überlassung der Ausrüstung um den Zeitraum, der zwischen vereinbarter und tatsächlicher Anlieferung liegt.

3. Die erste Monatsrate ist drei Tage nach Lieferung und ordnungsgemäßer Abnahme der Ausrüstung fällig. Die weiteren Monatsraten sind am gleichen Tage eines jeden darauffolgenden Monats fällig und zahlbar. Alle Zahlungen sind auf das obengenannte Konto des Vermieters zu leisten.

4. Wenn sich die obengenannten Gesamtkosten auf Grund von Preisänderungen des Lieferanten vor Auslieferung der Ausrüstung verändern, so erklären sich der Mieter und der Vermieter damit einverstanden, daß sich die oben vereinbarte Mietrate im gleichen Verhältnis verändert, in dem die veränderten Gesamtkosten zu den ursprünglichen Gesamtkosten stehen.

5. Die Ausrüstung verbleibt im Eigentum des Vermieters. Der Mieter wird die Ausrüstung in sorgfältiger Art und Weise gebrauchen, sie vor Überbeanspruchung schützen und wird alle Rechtsvorschriften, die mit dem Besitz, dem Gebrauch

oder der Erhaltung der Ausrüstung verbunden sind, beachten und Wartungs-, Pflege- und Gebrauchsempfehlungen des Lieferanten befolgen.

Der Mieter verpflichtet sich, an den Mietsachen an gut sichtbarer Stelle ein Schild oder andere Zeichen anzubringen, aus denen das Eigentum des Vermieters hervorgeht.

6. Die Ausrüstung ist an demjenigen Standort aufzustellen, der oben vereinbart worden ist. Der Vermieter hat das Recht, während der normalen Geschäftszeit die Ausrüstung zu besichtigen und deren Gebrauch zu überprüfen. Der Mieter darf die Ausrüstung oder Teile der Ausrüstung nur mit schriftlicher Genehmigung des Vermieters von dem obengenannten Standort bewegen.

Wird die Ausrüstung mit einem Grundstück oder mit einem Gebäude verbunden, so geschieht dies zu einem vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 BGB mit der Absicht der Wiedertrennung mit der Beendigung des Mietvertrages. Ist der Mieter nicht selbst der Grundstückseigentümer, so hat er gegenüber dem Grundstückseigentümer klarzustellen, daß die Verbindung oder Einfügung der Ausrüstung nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt.

7. Der Mieter hat die Ausrüstung freizuhalten von allen Belastungen, Inanspruchnahmen und Pfandrechten Dritter. Er ist verpflichtet, den Vermieter unter Überlassung aller notwendigen Unterlagen unverzüglich zu benachrichtigen, wenn während der Laufzeit des Mietvertrages die Ausrüstung dennoch gepfändet oder in irgendeiner anderen Weise von Dritten in Anspruch genommen wird. Auch hat er dem Vermieter von Anträgen auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung hinsichtlich des Grundstücks, auf dem sich der Standort der Ausrüstung befindet, unverzüglich zu unterrichten. Der Mieter trägt die Kosten für alle Maßnahmen, die zur Aufhebung derartiger Eingriffe erforderlich sind.

8. Alle die Ausrüstung betreffenden, sich aus dieser Lieferung ergebenden Ansprüche des Lieferanten, ausgenommen Ansprüche auf Zahlung des Kaufpreises, insbesondere auch etwaige Montagekosten und die Kosten der Rücklieferung gelten als Nebenkosten der Anmietung und sind vom Mieter zu tragen.

9. Änderungen, zusätzliche Einbauten, Verbesserungen usw. darf der Mieter an der Ausrüstung nur mit schriftlicher Genehmigung des Vermieters vornehmen. Derartige Änderungen gehen in das Eigentum des Vermieters über.

10. Der Mieter hat auf seine Kosten die Ausrüstung in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten und alle Ersatzteile, die dazu erforderlich sind, auf seine Kosten zu beschaffen und auszuwechseln.

11. Die Gefahr des zufälligen Untergangs sowie des Verlustes, Diebstahls, der Beschädigung, der Vernichtung und

des vorzeitigen Verschleißes der Ausrüstung - aus welchem Grunde auch immer - trägt der Mieter. Solche Ereignisse entbinden den Mieter nicht von der Verpflichtung, die oben vereinbarten Mietraten zu zahlen oder von irgendeiner anderen Verpflichtung dieses Mietvertrages.

Im Falle des Eintretens der in Absatz 1 genannten Ereignisse hat der Mieter den Vermieter unverzüglich schriftlich zu verständigen. Der Mieter ist verpflichtet, nach seiner Wahl innerhalb einer vom Vermieter zu setzenden angemessenen Frist

a) entweder die Ausrüstung auf seine Kosten zu reparieren und sie in einen guten Zustand zurückzuversetzen oder

b) die Ausrüstung durch eine andere, gleichwertige Ausrüstung zu ersetzen oder

c) an den Vermieter netto Kasse sofort alle Beträge zu zahlen, die der Mieter dem Vermieter auf Grund dieses Mietvertrages noch schuldet.

Im Falle, daß nur ein Teil oder Teile der Ausrüstung, die Gegenstand dieses Mietvertrages sind, zufällig untergegangen oder verloren, gestohlen, beschädigt oder vernichtet worden sind, errechnet sich der an den Vermieter zu zahlende Betrag nach dem Verhältnis der Kosten der Teile plus etwaiger Nebenkosten zu den obengenannten Gesamtkosten der Ausrüstung.

Die oben vereinbarten Mietraten vermindern sich dann im gleichen Verhältnis, in dem die Kosten der noch verbliebenen Ausrüstung zu den obengenannten Gesamtkosten stehen.

12. Der Mieter hat auf eigene Kosten zugunsten des Vermieters für die Dauer des Mietvertrages Versicherungen gegen alle versicherbaren Gefahren des Verlustes, Diebstahls, der Beschädigung und Vernichtung - aus welchem Grunde sie auch immer eintreten - zum Neuwert der obengenannten Ausrüstung einschließlich aller Nebenkosten abzuschließen. Ferner hat der Mieter die Ausrüstung in seine übliche Betriebshaftpflichtversicherung einzuschließen. Von diesen Verpflichtungen zum Versicherungsabschluß bleiben die Bestimmungen der Ziffer 11 dieses Mietvertrages unberührt.

Dem Vermieter ist innerhalb von 10 Tagen nach Anlieferung der Ausrüstung schriftlich der Nachweis über die abgeschlossenen Versicherungen (unter Angabe der Versicherungsgesellschaften, ggf. Nummer der Versicherungsscheine) zu erbringen. Innerhalb von 30 Tagen nach Anlieferung der Ausrüstung sind dann die Sicherungsscheine der Versicherungsgesellschaften dem Vermieter zu überlassen.

Sollte der Mieter den Nachweis der Versicherungsdeckung innerhalb von 10 Tagen nach Anlieferung der Ausrüstung nicht erbracht haben, so wird der Vermieter als Eigentümer der Ausrüstung eine Versicherungsgesellschaft beauftragen, die genannten Gefahren zu Lasten des Mieters zu bestmöglichen Bedingungen zu versichern.

Der Mieter tritt hiermit an den Vermieter alle seine Rechte aus den Sachversicherungsverträgen, die auf Grund dieses Mietvertrages abzuschließen sind, unwiderruflich ab.

Soweit die Versicherungsbedingungen der Versicherungsgesellschaften nichts anderes bindend vorschreiben, werden die Versicherungsentschädigungen nach Wahl des Vermieters wie folgt verwendet:

a) für die Ersetzung, Wiederherstellung oder Reparatur der Ausrüstung und/oder

b) als Gutschrift für die Zahlungsverpflichtungen des Mieters auf Grund dieses Mietvertrages.

13. Der Mieter übernimmt alle Gebühren, Beiträge, Steuern und sonstige Abgaben, die während der Laufzeit des Mietvertrages auf Grund der Miete, des Besitzes und des Gebrauchs erhoben werden.

14. Sollte der Mieter den Verpflichtungen gemäß Ziffer 12 und 13 nicht nachkommen, so hat der Vermieter das Recht, diese Verpflichtungen an Mieters Stelle zu erfüllen. In diesem Falle werden diese zusätzlichen Aufwendungen des Vermieters mit der nächsten Mietzahlung des Mieters fällig. Sollte der Mieter diese Aufwendungen nicht mit der nächsten Mietrate ersetzen, so werden sie mit einem Zinssatz von 4 % p. a. über dem dann gültigen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank bis zum Zahlungseingang verzinst.

15. Kommt der Mieter mit einer Mietrate oder einer anderen vereinbarten Zahlung länger als 8 Tage in Rückstand oder erfüllt er eine oder mehrere der in diesem Mietvertrag genannten Verpflichtungen nicht, so hat der Vermieter das Recht, irgeneines, mehrere oder alle der nachstehend genannten Rechtsmittel - ohne Rücksicht auf den Standort der Ausrüstung oder auf irgendwelche Schäden, die dem Mieter entstehen könnten und ohne Benachrichtigung des Mieters - anzuwenden:

a) alle noch nicht fälligen Mietraten sofort zahlbar zu stellen,

b) diesen Mietvertrag entweder schriftlich oder durch die Wegnahme der Ausrüstung fristlos zu kündigen,

c) irgendein anderes Rechtsmittel anzuwenden, das geeignet erscheint, die Forderungen des Vermieters aus diesem Mietvertrag zu befriedigen.

Der Mieter bleibt ohne Rücksicht auf eine Rücknahme und ohne Rücksicht auf irgendwelche andere Rechtsmittel, die angewandt worden sind, auch weiterhin zur Erfüllung aller noch nicht erfüllten Verpflichtungen aus diesem Mietvertrag verpflichtet.

Im Verzugsfalle berechnet der Vermieter vom Tage der Fälligkeit bis zum Zahlungseingang 4 % p. a. über dem dann gültigen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank als Verzugszinsen.

16. Im Falle der Zahlungseinstellung oder eines Antrages auf Vergleichs- oder Konkursverfahren oder einer Vollstreckungsmaßnahme oder von wiederholten Wechselprotesten gegen den Mieter hat der Vermieter die gleichen Rechte, die in Ziffer 15 aufgeführt wurden.

Durch den Tod des Mieters wird der Vertrag nicht aufgehoben.

Bei Veräußerung des Betriebes bleibt der Mieter vollauf für den Mietvertrag bis zur Beendigung verpflichtet.

Der Vermieter kann den Mieter aus dem Mietvertrag entlassen, wenn der Rechtsnachfolger bereit und in der Lage ist, den Mietvertrag bis zum Ablauf zu erfüllen. Die Entscheidung trifft der Vermieter.

17. Der Mieter ist nicht berechtigt, Verfügungen bezüglich der Ausrüstung - gleich welcher Art, z.B. Veräußerung, Schenkung, Verleihung, Vermietung, Verpfändung, Besitzüberlassung usw. - zu treffen.

18. Alle Rechte des Vermieters, die sich aus diesem Vertrag ergeben, können ohne Benachrichtigung des Mieters abgetreten, belastet, verpfändet oder in anderer Weise veräußert werden.

19. Der Mieter kann gegen die Forderung des Vermieters nur mit Einverständnis des Vermieters oder mit rechtskräftig festgestellten oder vom Vermieter anerkannten Gegenforderungen aufrechnen. Der Vermieter kann mit seinen eigenen Forderungen gegen jede Forderung des Mieters gegen den Vermieter oder Dritte aufrechnen.

20. Der Vermieter bevollmächtigt und beauftragt den Mieter, alle dem Vermieter zustehenden Rechte aus Gewährleistungsansprüchen, Garantien, Service, positiver Vertragsverletzung, Verzug usw. gegenüber dem Lieferanten fristgerecht auf Kosten des Mieters geltend zu machen. Die genannten Ansprüche sind also gegenüber dem Lieferanten, nicht gegenüber dem Vermieter, zu erheben. Der Vermieter kann diese Ansprüche auch im Interesse und für Rechnung des Mieters selbst geltend machen. Gewährleistungs-, Garantie- und Serviceansprüche, Ansprüche wegen Verzuges oder positiver Vertragsverletzung usw. entbinden den Mieter nicht von der Verpflichtung, die oben vereinbarten Mietraten an den Vermieter zu zahlen, oder von irgendeiner anderen Verpflichtung dieses Mietvertrages.

21. Der Mieter hat auf seine Kosten und Gefahr die Ausrüstung nach Beendigung des Mietvertrages unverzüglich an eine von dem Vermiter zu bestimmende Anschrift innerhalb der Bundesrepublik Deutschland in dem Zustand transportversichert zurückzuliefern, der dem Anlieferungszustand der Ausrüstung unter Berücksichtigung des durch den vertragsgemäßen Mietgebrauch entstandenen normalen Verschleißes und unter Beachtung der sonstigen Grundsätze der Ziffer 5 entspricht.

Die ordnungsgemäße Rücklieferung der Ausrüstung gilt als von dem Vermieter anerkannt, wenn nicht spätestens 10 Tage nach dem Eintreffen der Ausrüstung am Bestimmungsort eine schriftliche Mängelanzeige an den Mieter gesandt ist.

22. Nebenabreden, Vorbehalte und sonstige Bedingungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Bestätigung des Vermieters.

23. Sollte irgendeine Bedingung des Mietvertrages aus irgendeinem Grunde nichtig sein, so werden davon die übrigen Bedingungen des Vertrages nicht berührt.

24. Erfüllungsort ist Düsseldorf, Gerichtsstand ist nach Wahl des Vermieters Düsseldorf oder der Ort der kontoführenden Bank des Vermieters.

ANTRAG AUF ABSCHLUSS EINES ANLAGENMIETVERTRAGES

An die
LEASING
Gesellschaft für Vermietungsprojekte mbH

6500 Mainz/Rhein

Postfach 2949
Telefon 8 24 41 — Telex 4 187 637

Name und Anschrift des Antragstellers

Aufgrund Ihres Angebotes vom ....., dessen Konditionen unter I. angegeben sind und der uns bekannten Bedingungen des uns vorliegenden Formulars Ihres Anlagenmietvertrages mit Ankaufsrecht, beantragen wir für uns verbindlich den Abschluß eines Anlagenmietvertrages für das unter II. beschriebene Objekt.

I. Konditionen:

1. Mietzahlungen
   a) Mietzeit ..... Monate nach Endabrechnung und Übergabe des Mietobjektes
   b) Monatsmiete ..... % der endgültigen Gesamtinvestitionskosten monatlich im voraus zuzüglich Nebenkosten
   (Bei vorläufigen geschätzten Gesamtinvestitionskosten von DM ..... ist mit einer monatlichen Miete von DM ..... zu rechnen.)
2. Zahlungen während der Vormietzeit
   a) Die Vormietzeit beginnt mit der Unterzeichnung des Anlagenmietvertrages und endet mit dem Tage der Feststellung der endgültigen Gesamtinvestitionskosten.
   b) Einmalige Sonderzahlung bei Vertragsabschluß 5 % der endgültigen Gesamtinvestitionskosten.
   Diese Sonderzahlung wird zunächst auf die vorläufigen Gesamtinvestitionskosten bezogen und beträgt mithin DM .....
   c) Der Vermieter stellt während der Vormietzeit Investitionsmittel in Höhe von DM ..... bereit.
   d) Der Mieter zahlt während der Vormietzeit
   monatlich nachträglich ..... % pro Monat auf die ausbezahlten Beträge
   zuzüglich
   monatlich nachträglich ..... % pro Monat auf die noch nicht ausbezahlten, aber bereitgestellten Beträge
   zuzüglich
   monatlich nachträglich ..... % pro angefangenen Monat der geschätzten Gesamtinvestitionskosten =
   DM ..... (gleichbleibender Betrag) für die Baufinanzierungsnebengebühr.
3. Die auf die Zahlungen zu 1. und 2. anfallende Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) wird zusätzlich gesondert in Rechnung gestellt.

II. Mietobjekt

.....

.....

.....

Wir verpflichten uns zur unverzüglichen Unterzeichnung des Anlagenmietvertrages für das in Nr. II beschriebene Mietobjekt zu den in Nr. I angegebenen Konditionen in Verbindung mit den auf der Rückseite genannten Erläuterungen und Zusatzvereinbarungen, sobald Sie unseren Antrag mit Übersendung des Anlagenmietvertrages verbindlich zugesagt haben. Diese Verpflichtung ist bis zum ..... befristet.

....., den .....
Ort und Datum

.....
Anschrift und rechtsverbindliche Unterschrift des Antragstellers

ANGEBOT EINES IMMOBILIEN-LEASING-VERTRAGES

VORAUSSETZUNGEN

Wir setzen voraus, daß

1. der Gesamtinvestitionswert der schlüsselfertig erstellten Anlage einschließlich aller Grundstücks- und Nebenkosten DM 4.000.000,-- beträgt,

2. zwischen unseren Gesellschaften ein Mietvertrag mit Ankaufsrecht für eine Mindestlaufzeit von 15 Jahren geschlossen wird,

3. der geschlossene Mietvertrag beidseitig unkündbar ist,

4. der Mietvertrag außer von der neu zu gründenden Gesellschaft auch noch von den Gesellschaftern mit unterschrieben wird,

5. das Grundstück, auf dem die Anlage errichtet werden soll, von Ihnen an uns verkauft wird, so daß die Anlage auf unserem Grund und Boden errichtet werden kann,

6. oder uns von Ihnen ein Erbbaurecht aufgrund eines von uns entworfenen Erbbauvertrages für das Grundstück, auf dem die Anlage errichtet werden soll, übertragen wird.

MONATLICHE MIETRATE

Die von Ihnen laufend monatlich vom Tage der Fertigstellung der Anlage an im voraus zu zahlende Mietrate wird auf die Gesamtinvestitionskosten bezogen. Unter Gesamtinvestitionskosten sind sämtliche Kosten zu verstehen, die zur schlüsselfertigen Erstellung der Anlage erforderlich sind. Es werden also auch alle entstehenden Nebenkosten, wie z.B. die Grundstückserschließungskosten, die Notariatskosten, die Kosten beim Grundbuchamt für die Grundschuldeintragungen, die Grunderwerbssteuer, die Planungskosten während der Bauzeit, die Kosten für die die Planung durchführenden Architekten, die Kosten für den die Bauführung durchführenden Architekten, die Kosten für die Baugenehmigung, die Prüfgebühren etc. eingeschlossen.

Mit Vertragsunterschrift ist eine Mietvorauszahlung in Höhe von 5 % der auf DM 4.000.000,-- geschätzten Gesamtinvestitionskosten zu leisten.

Die Monatsmieten betragen unter Berücksichtigung der heutigen Kapitalmarktlage 0,90 % der Gesamtinvestitionskosten, d.h. für den Fall Gesamtinvestitionskosten in Höhe von DM 4.000.000,--

DM 36.000,--.

Die endgültige Festlegung der Mieten erfolgt aufgrund der Kapitalmarktlage bei Vertragsabschluß.

Vom Datum der Vertragsunterschrift an ist eine verminderte Miete (Vormiete) zu leisten. Sie berechnet sich aus:

a) 0,1 % monatlich der lt. Mietvertrag bereitgestellten, jedoch noch nicht zur Auszahlung gekommenen Gelder, zuzüglich

b) 0,563 % monatlich der jeweiligen Summe der zur Auszahlung für die Erstellung der Anlage gekommenen Gelder (Summe der jeweiligen Investitionskosten).

Die Vormieten werden monatlich von uns auf Vormietformularen berechnet und sind von Ihnen monatlich nachträglich, d.h. das erste Mal einen Monat nach Vertragsunterschrift, zu leisten.

MIETVERTRAG MIT ANKAUFSRECHT

Die wesentlichsten Punkte des abzuschließenden Mietvertrages sind folgende:

1. Die Summe der Mieten entspricht dem Kaufpreis. Mit Erfüllung des Mietkaufvertrages geht das Objekt auf Ihre Kosten ohne zusätzliche Zahlungen an unsere Gesellschaft in Ihr Eigentum über, falls Sie das Ankaufsrecht auszuüben gedenken.

2. Sie haben anderenfalls die Option, den Mietvertrag jeweils um 1 Jahr zu verlängern.

3. Es ist möglich, daß Sie von dem Ankaufsrecht vorzeitig Gebrauch machen. In diesem Falle sind von Ihnen die restlichen Mieten unter Anrechnung einer banküblichen Zinsgutschrift für die Vorauszahlung zu leisten.

4. Der abgeschlossene Mietvertrag ist beidseitig unkündbar.

5. Es steht Ihnen für die Anlage die uneingeschränkte, freie Nutzung zu. Sämtliche Unterhaltungs- und Reparaturkosten gehen zu Ihren Lasten. Ebenso sämtliche behördlichen Auflagen.

6. Während der Bauzeit erfolgt eine gemeinsame Bauüberwachung. Die Entscheidung über die Vergabe von Bauaufträgen und Lieferaufträgen erfolgt gemeinsam.

UNSERE LEISTUNG

Mit der oben angegebenen monatlichen Mietrate werden auch unsere Leistungen, d.h. unsere Bearbeitungs- und

Verwaltungsgebühren, bezahlt. Die Leistungen sind im wesentlichen:

1. Unsere Gesellschaft bearbeitet in Übereinstimmung mit Ihnen alle erforderlichen Grundstücksfragen. Wir entwerfen die Grundstückskaufverträge, führen die Schlußverhandlungen und schließen den Grundstückskaufvertrag beim Notar ab. Alle anderen Grundstücksfragen, wie Auflassung, Eintragung der Grundbuchschuld - deren Kosten in der Finanzierung eingeschlossen sind - etc. werden durch uns erledigt.

2. Unsere Gesellschaft entwirft den Erbbauvertrag und schließt diesen notariell ab. Sie regelt alle Grundstücksfragen und alle Grundbucheintragungen einschließlich der Eintragung der Grundbuchschuld, deren Kosten in der Finanzierung eingeschlossen sind.

3. Die Bauplanung wird durch Ihren Architekten aufgestellt. Wir prüfen diese Planung in bezug auf Wirtschaftlichkeit und Planungsfehler.

4. Alle Ausschreibungsunterlagen sind von Ihnen zu stellen. Wir wollen Ihnen damit die Möglichkeit geben, die Anlage genau nach ihren Wünschen zu errichten. Die Ausschreibung selbst erfolgt durch uns. Wir stellen die Ausschreibungsergebnisse in einer Analyse zusammen und treffen die Entscheidung, welcher Unternehmer den Auftrag zu erhalten hat. Nur mit Ihrer Anerkennung kann ein Bauvertrag abgeschlossen werden. Die Vertragsformulare und sämtliche Leistungsvorblätter sind von uns entwickelt. Da wir in ganz Deutschland als Bauherr bauen und als Großauftraggeber gelten, haben wir die Möglichkeit einer viel schärferen und preisgünstigeren Kontrolle als irgendein anderer Bauherr.

5. Die Bauüberwachung erfolgt gemeinsam. Die Kosten für die Bauleitung sind in der Finanzierung eingeschlossen. Wir haben für die Bauüberwachung Spezialformulare entwickelt.

6. Die monatliche Abrechnung erfolgt nach unseren Formularen. Sie wird durch unsere Angestellten vorgenommen. Aufgrund der monatlichen Abschlagsrechnungen zahlen wir die Unternehmer direkt aus. Jede Auszahlung ist vorher von Ihnen anzuerkennen.

7. Wir führen alle für das Objekt erforderlichen Versicherungen durch und achten darauf, daß das Objekt laufend versichert bleibt. Zu den Versicherungen gehören neben der Bauherrenhaftpflichtversicherung auch die Bauwesenversicherung und die sonst üblichen Versicherungen. Die Prämien sind von Ihnen zu leisten.

8. Wir führen die Kosten für die Mietzahlungen über die Laufzeit der Mindestvertragsdauer von 15 Jahren. Au-

ßerdem erledigen wir sämtliche Arbeiten, die wir als Eigentümer zu übernehmen haben, z.B. Bezahlung der öffentlichen Abgaben, Steuern etc.

MIETRATEN

Die hier angegebenen Mietraten beziehen sich nur auf die rein bankmäßigen Finanzierungskosten. Sie beinhalten jedoch auch unsere Bearbeitungs- und Verwaltungsgebühren. Selbstverständlich werden auch noch andere Kosten nebenbei anfallen, die wir hier jedoch nicht berücksichtigt haben, da sie in jedem Falle zu bezahlen wären, also auch dann, wenn Sie die Finanzierung direkt durchgeführt hätten. Zu diesen Kosten gehören u.a. die Grundsteuern, öffentliche Abgaben, Gebühren, gegebenenfalls Gewerbesteuer für Kapital und Ertrag, Versicherungsgebühren, Zahlung von Nebenabgaben, etc.

MASTER LEASE AGREEMENT

THIS AGREEMENT made the day of , 196 . by and between IDEAL LEASING CORPORATION, a New York corporation having its principal office at Station Plaza East, Great Neck, New York (hereinafter referred to as "LESSOR"), and

(hereinafter referred to as "LESSEE").

W I T N E S S E T H:

WHEREAS, LESSOR desires to lease, and LESSEE desires to lease from LESSOR certain articles of personal property on the terms and conditions hereinafter set forth; and

WHEREAS, LESSOR and LESSEE contemplate a continuing relation-ship and desire to embody their agreement in a Master Lease; and

WHEREAS, LESSOR and LESSEE desire to enter into the agreement hereinafter set forth.

NOW, THEREFORE, in consideration of the premises and of the rents, covenants and conditions hereinafter set forth, the parties hereto agree as follows:

1. LESSOR hereby leases to LESSEE, and LESSEE hereby leases from LESSOR, the certain articles of personal property (hereinafter called the "Property"), listed in the various schedules attached hereto and made a part hereof.

2. The parties may, from time to time, by mutual agreement, add additional articles of personal property to this Agreement by adding additional schedules, and this Agreement shall thereafter be effective as to such additional articles of personal property as though they were presently annexed, and such additional articles of personal property shall thereafter be included within the definition of "Property" as used in this Agreement.

3. LESSEE shall pay to LESSOR rent for each article of property monthly in amounts as set forth in the various schedules annexed hereto, plus applicable taxes. The leasehold term with respect to each article of property shall commence on delivery of the property to LESSEE and shall continue for the term designated next to each article of property, unless sooner terminated as hereinafter set forth.

4. Rents shall be payable at the office of the LESSOR or to such other place that LESSOR may in writing designate within five (5) days after receipt of LESSOR'S invoice.

5. LESSEE agrees not to remove any of the property from the location designated in the various schedules attached without the written consent of LESSOR and agrees to maintain the property in good operating condition, repair, and appearance, and protect the same from deterioration other than normal wear and tear. LESSEE agrees that it shall not affix the property to realty so as to change its nature to real property.

6. LESSOR shall at all times retain title to the property. All documents of title and evidence of delivery shall be delivered to the LESSOR. LESSOR may, at the LESSEE'S expense, cause this lease to be recorded or filed or refiled or rerecorded where permitted by law. LESSEE agrees to keep the property free from any encumberances whatsoever, including, but not limited to, liens, attachments, levies and executions. At the expiration of the lease term covering any article of property, LESSEE shall, at its own expense, deliver the property to such place or places as LESSOR shall, in writing, designate.

7. LESSEE agrees not to assign or sub-let or otherwise transfer its rights hereunder without the written consent of LESSOR.

8. LESSEE agrees to pay all taxes, license and registration fees and similar charges imposed on the ownership, possession or use of the property during the term of this lease, and shall comply with all laws effecting the use, ownership or possession of the within property.

9. LESSEE shall keep property insured against all risks of loss or damage from every cause whatsoever for not less than the aggregate amount of unpaid total rent for the balance of the term of this lease, and shall carry public liability insurance, both personal injury and property damage, covering equipment. All said insurance shall be in form and amount and with companies satisfactory to LESSOR. All insurance for loss or damage shall provide that losses, if any, shall be payable to LESSOR, and all such liability insurance shall be in the joint names of LESSOR and LESSEE. LESSEE shall pay the premiums therefor and deliver to LESSOR the policies of insurance or duplicates thereof, or other evidence satsifactory to LESSOR of such insurance coverage. Each insurer shall agree, by endorsement upon the policy or policies issued by it or by independent instrument furnished to LESSOR that it will give LESSOR thirty (3) days' prior written notice of the effective date of any alteration or cancellation of such policy. The proceeds of such insurance payable as a result of loss or damage to property shall be applied at the option of LESSOR, (a) toward the replacement, restoration, or repair of property which may be lost, stolen, destroyed or damaged, or (b) toward payment of the obligations of LESSEE hereunder. LESSEE hereby irrevocably appoints LESSOR as LESSEE'S attorney-in-fact to make claim for, receive payment of, and execute and endorse all documents, checks or drafts received in payment

for loss or damage under any said insurance policy. In case of the failure of LESSEE to procure or maintain said insurance or to comply with any other provision of this lease, LESSOR shall have the right, but shall not be obligated, to effect such insurance or compliance on behalf of LESSEE.

In that event, all moneys spent by and expenses of LESSOR in effecting such insurance or compliance shall be deemed to be additional rent, and shall be paid by LESSEE to LESSOR with the next monthly payment of rent.

10. LESSEE may, at its option, renew this agreement as to any article of property on a year to year basis, at the expiration of the initial term as set forth on the attached schedules on such terms as are hereinafter set forth.

11. LESSEE agrees that LESSOR has made no warranties or representations, expressed or implied, with regard to the property, including, but not limited to, its merchantability and/or the fitness of the property for the use and purposes of the LESSEE. LESSEE has selected the property to be leased.

12. If (a) LESSEE shall default in the payment of any rent or in making any other payment hereunder when due, or (b) LESSEE shall default in the payment when due or any indebtedness of LESSEE to LESSOR arising independently of this lease, or (c) LESSEE shall breach any warranty hereunder, or (d) LESSEE shall default in the performance of any other covenant herein and such default continue for five (5) days after written notice thereof to LESSEE by LESSOR, or (e) LESSEE becomes insolvent or makes an assignment for the benefit of creditors, or (f) LESSEE apllies for or consents to the appointment of a receiver, trustee, conservator or liquidator of LESSEE or of all or a substantial part of the assets of LESSEE, or if such receiver, trustee, conservator or liquidator is appointed without the application or consent of LESSEE, or (g) petition is filed by or against LESSEE under the Bankruptcy Act or any amendment thereto (including, without limitation, a petition for reorganization, arrangement or extension) or under any other insolvency law or law providing for the relief of debtors, then, if and to the extent permitted by applicable law, LESSOR shall have the right to exercise any one or more of the remedies as provided hereafter.

13. In the event of default, LESSOR may at its option (a) declare the entire amount of unpaid total rent for the balance of the term of this lease due and payable whereupon the same shall become immediately due and payable (b) without demand or legal process to enter into premises shere property may be found and take possession of and remove same, whereupon all rights of LESSEE in property shall terminate absolutely and (c) retain all prior payments of rent and property or sell the same at

public or private sale with or without notice to LESSEE, with or without having property at sale, at which sale LESSOR may purchase all or any part of property, the proceeds of such sale, less expenses of retaking, storage and repairing and reselling and attorney fees as hereinafter defined to be applied to the payment of the unpaid total rent for the balance of the term of this lease, LESSEE remaining liable for the balance of the unpaid total rent and any surplus thereafter remaining to be paid to LESSEE, its successors or assigns, or to whomever may be lawfully entitled to receive the same, or as a court of competent jurisdiction may direct. LESSEE shall be liable for all expenses LESSOR may incur in connection with the enforcement of any of its remedies herein, including legal expenses and agreed attorney's fees equal to 20 % of the total unpaid balance or in any action to recover possession of LESSOR'S property, 20 % of the value of said property.

All remedies of LESSOR hereunder are cumulative, and may, to the extent permitted by the law, be exercised concurrently or separately, and the exercise of any one remedy shall not be deemed to be an election of such remedy or to preclude the exercise of any other remedy. Not failure on the part of the LESSOR to exercise, and no delay in exercising any right or remedy hereunder shall operate as a waiver thereof, nor shall any single or partial exercise by LESSOR of any right or remedy hereunder preclude any other or further exercise of any other right or remedy.

14. This lease shall be binding when accepted by LESSOR at Great Neck, New York, and except for local recording, acts, shall be governed by the laws of the State of New York. LESSEE hereby constitutes and appoints ALAN C. WINICK, or his nominee as agent-in-fact for the purpose of accepting service of process in any action arising out of this lease. This power being cpupled with an interest, is irrevocable while this lease remains unpaid or any mooneys are remaining LESSOR from LESSEE. LESSEE waives trial by jury and right of counterclaim in any action between the parties. LESSOR and LESSEE intend this lease to be a valid and subsisting legal instrument, and no provision which may be deemed unenforceable shall in any way invalidate any other provision or provisions, all of which shall remain in full force and effect. This lease shall be binding upon the parties, their successors, legal representatives and assigns only that counterpart hereof captioned LESSOR'S original shall be effective by delivery to transfer the rights of LESSOR. LESSEE authorizes LESSOR to file a financing statement without the signature of the LESSEE in any jurisdiction governed by the Uniform Commercial Code.

15, This lease or any equipment or any rent or other sums due hereunder may be transferred or assigned by LESSOR without notice, and in such event LESSOR'S transfere or assignee shall have all rights, powers, privileges and remedies of LESSOR hereunder and LESSEE'S obligations hereunder shall not be subject to any defense, offset or counterclaim available against LESSOR. This lease is subject and subordinate to any mortgage which may now or hereafter affect the leased equipment.

L e b e n s l a u f

Am 9.10.1938 wurde ich in Berlin als erster Sohn des Rechtsanwaltes Franz Frank und seiner Frau Notburga geb. Teves geboren. Ich heiratete am 15.2.1965 die Studienreferendarin Brigitte Bansen.

In Montabaur, wohin meine Mutter während des Krieges mit mir übergesiedelt war, besuchte ich von 1944 bis 1948 die Volksschule und ab Herbst 1948 das Gymnasium. Ostern 1949 wechselte ich auf das Gymnasium in Oberursel bei Frankfurt a.M., weil mein Vater Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Frankfurt a.M. und Notar wurde. Als meine Familie dann nach Oberkassel (Siegkreis) zog, trat ich dort im Januar 1954 in das Gymnasium ein. An diesem Gymnasium bestand ich am 5. März 1958 die Reifeprüfung.

Ab Sommersemester 1958 studierte ich in Bonn und in Paris an der Faculté de Droit Rechtswissenschaft. Am 24. Oktober 1963 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Köln die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach meiner im Oberlandesgerichtsbezirk Köln verbrachten Referendarzeit bestand ich am 30. Oktober 1967 die zweite juristische Staatsprüfung.